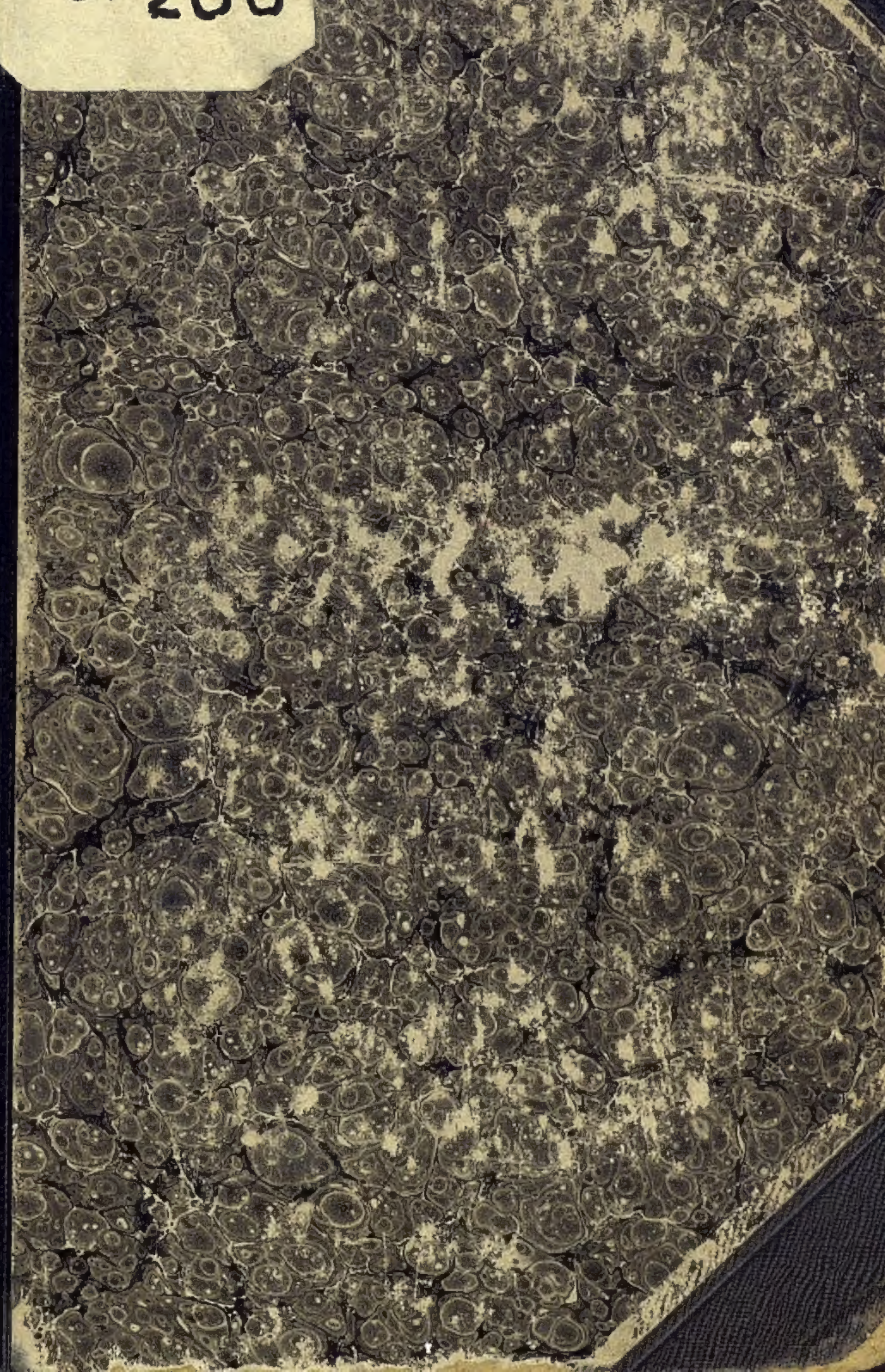


ИЗСЛѢДОВАНІЯ

ПО РУССКОМУ ПРАВУ

ОБЫЧНОМУ И БРАЧНОМУ.

И. Г. Оршанскаго.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
Типографія А. Е. Ландау. Площ. больш. Театра, д. № 32—2.
1879.

Всесоюзная
БИБЛИОТЕКА
имени
В. И. ЛЕНИНА

2007059660

НАРОДНЫЙ СУДЪ И НАРОДНОЕ ПРАВО.

Писано въ 1874 году.

Народный судъ и народное право.

(По поводу вопроса о преобразованіи волостныхъ судовъ).

Между законодательными вопросами въ области юстиціи, стоящими у насъ теперь на очереди, едвали не наибольшее практитическое значеніе по объему затрогиваемыхъ имъ интересовъ и вліянію, которое можетъ имѣть то или другое разрѣшеніе его на правовой бытъ русскаго народа, имѣетъ вопросъ о преобразованіи или уничтоженіи волостныхъ судовъ. Мнѣнія о волостномъ судѣ въ нашей печати довольно многочисленны, но крайне разнорѣчивы и до сихъ поръ не привели ни къ какому установившемуся взгляду даже по отдѣльнымъ частамъ этого вопроса. Но только теперь, когда особая коммисія для изслѣдованія состоянія волостныхъ судовъ издала семь томовъ своихъ „Трудовъ" (вѣрнѣе говоря, сырыхъ матеріаловъ, ею собранныхъ), дѣлается возможнымъ возвыситься надъ субъективными, чисто эмпирическими мнѣніями, какими до сихъ поръ были отзывы отдѣльныхъ лицъ о достоинствахъ и недостаткахъ народнаго суда, и сдѣлать попытку болѣе широкаго, научнаго изслѣдованія этого предмета. Предполагая изложить нашъ взглядъ на этотъ предметъ на основаніи матеріаловъ, собранныхъ въ трудахъ упомянутой коммисіи и другихъ источникахъ, я исхожу изъ того воззрѣнія, что прежде чѣмъ говорить о недостаткахъ волостнаго суда и о томъ, какія перемѣны желательны въ виду этихъ недостатковъ, необходимо вполнѣ уяснить себѣ тѣ условія, въ которыя поставлена была съ самаго начала и до настоящаго времени дѣятельность этихъ судовъ какъ закономъ, такъ и общею административною организаціею сельскаго общественнаго управленія. Вырвать какое нибудь явленіе изъ среды окружающихъ его условій и судить о немъ, не

принимая въ соображеніе этихъ условій, значитъ разсуждать не научно и постулировать заранѣе ошибочные выводы. Между тѣмъ именно на эту сторону вопроса, насколько намъ знакома литература вопроса о волостномъ судѣ, обращаемо было до сихъ поръ крайне мало вниманія; а съ другой стороны, труды коммисіи представляютъ для оцѣнки этого вопроса довольно богатый, вполнѣ достовѣрный и, какъ увидимъ, весьма поучительный матеріалъ, который прежде былъ недоступенъ для публики.

Исполнивъ эту часть задачи, удобнѣе будетъ перейдти къ двумъ другимъ ея частямъ: 1) очерку народныхъ юридическихъ понятій, какъ они выражаются въ обычаяхъ и рѣшеніяхъ народнаго суда и характеристикѣ отношенія ихъ къ оффиціальному праву и казенному суду, и 2) разбору различныхъ мнѣній о настоящемъ и будущемъ волостнаго суда. Задача эта въ такомъ объемѣ можетъ быть слишкомъ обширна и мы во всякомъ случаѣ не надѣемся на полное и удовлетворительное ея разрѣшеніе, думаемъ однакожъ, что данныя послѣдующаго изложенія могутъ послужить къ облегченію правильнаго ея разрѣшенія. Въ дѣлѣ такой первостепенной важности всякая попытка въ этомъ смыслѣ имѣетъ свое значеніе.

I.

Положеніе 19 февраля 1861 г. часто напоминаетъ своей редакціей, что въ составленіи его главную роль играли не юристы, а люди практической жизни, сельскіе хозяева и администраторы, незнакомые съ тонкостями законодательной техники. Это обстоятельство отразилось довольно невыгоднымъ образомъ, между прочимъ, на постановленіяхъ общаго положенія о вновь учрежденномъ, подъ именемъ волостнаго, крестьянскомъ судѣ. По новости дѣла и крайней неразвитости того класса населенія, который призванъ къ примѣненію на практикѣ этихъ постановленій, было особенно важно, чтобъ правила закона какъ можно яснѣе и точнѣе опредѣлили кругъ дѣйствій, правъ и обязанностей новаго учрежденія. Между тѣмъ весьма немногочисленныя правила и положенія о дѣятельности волостнаго суда отличаются неопредѣленностью, противорѣчіями и важными пробѣлами относительно

существеннѣйшихъ вопросовъ процесса. Такимъ образомъ главный вопросъ въ организаціи всякаго суда — опредѣленіе его подсудности или юрисдикціи — весьма неудовлетворительно разрѣшенъ закономъ относительно волостныхъ судовъ. Ст. 96 об. пол. опредѣляетъ: волостной судъ рѣшаетъ окончательно всѣ споры между крестьянами до 100 р., какъ о недвижимомъ и движимомъ имуществѣ въ предѣлахъ крестьянстаго надѣла, такъ и по займамъ, покупкамъ, продажамъ и всякаго рода сдѣлкамъ и обязательствамъ, а равно и дѣла по вознагражденію за убытокъ и ущербъ, крестьянскому имуществу причиненные. Это чисто казуистическое перечисленіе отдѣльныхъ родовъ гражданскихъ дѣлъ, подлежащихъ вѣдѣнію волостнаго суда, по отсутствію въ немъ принципіальнаго начала, возбуждаетъ множество недоумѣній на практикѣ. Съ одной стороны, законодатель очевидно имѣлъ въ виду затруднительность для сельскаго населенія обращаться по менѣе важнымъ гражданскимъ и уголовнымъ дѣламъ къ содѣйствію общихъ судовъ и вслѣдствіе этого предоставилъ ему собственный, близкій, дешевый и доступный судъ по обыденнымъ дѣламъ. Если принимать въ соображеніе эту основную мысль закона, то слѣдуетъ признать, что волостному суду подлежатъ всѣ тѣ дѣла, что и общимъ судамъ, пока они не превышаютъ опредѣленной стоимости спорнаго имущества или опредѣленнаго предѣла наказаній въ дѣлахъ уголовныхъ. Но, съ другой стороны, законъ нигдѣ не выражаетъ прямо того начала, что волостной судъ имѣетъ (въ извѣстныхъ предѣлахъ) компетенцію общихъ судебныхъ мѣстъ, а напротивъ, перечисляетъ опредѣленныя категоріи дѣлъ, ему подсудныхъ, изъ чего, при буквальномъ толкованіи закона, можно вывести, что другія категоріи дѣлъ, даже если они не превышаютъ нормы цѣнности, закономъ опредѣленной, не подлежатъ вѣдѣнію волостнаго суда. Это противорѣчіе между общимъ характеромъ организаціи волостнаго суда и опредѣленіемъ его юрисдикціи въ ст. 96 повело за собою значительныя недоумѣнія и ограниченія компетенціи волостныхъ судовъ. Такъ, напр., возникаетъ вопросъ: въ какой мѣрѣ дѣла о наслѣдствѣ подлежатъ вѣдѣнію волостнаго суда. На основаніи п. 5 ст. 51 общ. пол., вѣдѣнію сельскаго схода между прочимъ подлежитъ разрѣшеніе семейныхъ раздѣловъ; а по ст. 96, какъ мы видѣли, къ вѣдѣнію волоснаго суда отнесены всѣ споры и тяжбы между крестьянами въ предѣлахъ надѣла, слѣдовательно и споры о наслѣдствѣ. Возникаю-

щее отсюда недоумѣніе: кому подлежатъ дѣла о разделахъ, волостному ли суду или сельскому сходу, можетъ быть разрѣшено при помощи слѣдующихъ соображеній. Раздѣлъ наслѣдства между членами семьи можетъ быть произведенъ ими или полюбовно, если сонаслѣдники согласны между собой во всѣхъ пунктахъ, или при участіи судебнаго (или административнаго) мѣста, когда возникаетъ споръ относительно того, слѣдуетъ ли производить раздѣлъ и если слѣдуетъ, то что и какъ дѣлить (ст. 1315 т. X ч. I). У лицъ другихъ состояній (кромѣ сельскаго) производство полюбовнаго раздѣла предоставлено свободному усмотрѣнію совладѣльцевъ наслѣдственнаго имѣнія. У крестьянъ, вслѣдствіе извѣстныхъ финансовыхъ и экономическихъ соображеній, законъ не считаетъ возможнымъ такую полную свободу раздѣла наслѣдственнаго хозяйства. Такъ какъ вся община отвѣчаетъ круговой порукой за податные платежи каждаго изъ своихъ членовъ и такъ какъ раздѣлы часто разстраиваютъ крестьянское хозяйство и, слѣдовательно, затрудняютъ для раздѣлившихся отбываніе податей и повинностей, то сельское общество всегда заинтересовано въ предупрежденіи разорительныхъ раздѣловъ. Отсюда предоставленное сельскому сходу (какъ административно-хозяйственному органу общины) право разрѣшать семейные раздѣлы. Одинъ сходъ, хорошо знающій платежныя силы каждаго изъ своихъ членовъ можетъ судить о томъ, не будетъ ли данный раздѣлъ вредить интересамъ какъ всего общества, такъ и самихъ раздѣляющихся. Очевидно, это разрѣшеніе одинаково требуется для полюбовныхъ и спорныхъ раздѣловъ, ибо центръ тяжести его лежитъ не въ юридическомъ моментѣ спора между совладѣльцами, но въ экономическомъ моментѣ раздробленія хозяйства. Оно требуется также и въ томъ случаѣ, когда раздѣлъ производится вовсе не по случаю наслѣдства, а при жизни домохозяина, когда, можетъ быть, не возникаетъ никакого правоваго спора, напр., отецъ выдѣляетъ по собственной волѣ изъ принадлежащаго одному ему имущества извѣстныя доли въ пользу дѣтей. Но когда со стороны общества препятствія къ раздѣлу нѣтъ, а возникаетъ затрудненіе вслѣдствіе споровъ между совладѣльцами относительно размѣра правъ каждаго изъ нихъ или порядка производства раздѣла, тогда представляется дѣло тяжебное, имѣющее судебный характеръ и потому долженствующее разрѣшиться судебнымъ мѣстомъ, каковымъ для крестьянъ служитъ волостной судъ, а не сельскій сходъ, не

имѣющій никакихъ судебныхъ функцій. Такое толкованіе, какъ намъ кажется, подтверждается не только указанными соображеніями, основанными на ratio legis, но и буквальнымъ смысломъ относящихся сюда законовъ, такъ какъ ст. 51 относитъ къ дѣятельности сельскаго схода лишь „разрѣшеніе" семейныхъ раздѣловъ, а не совершеніе ихъ; статья же 96 относитъ къ вѣдомству волостныхъ судовъ „всѣ споры" по крестьянскому имуществу, безъ изъятія, стало быть, дѣлъ наслѣдственныхъ, въ томъ числѣ и споровъ, возникающихъ по раздѣлу. Дѣйствительно, то обстоятельство, что дѣла о наслѣдствѣ у крестьянъ рѣшаются по обычаю, нисколько не измѣняетъ судебнаго характера споровъ по раздѣлу наслѣдства: тотъ или другой источникъ права (законъ или обычай) не измѣняетъ юридическаго характера дѣлъ, къ которымъ онъ примѣняется. Поэтому, если въ общемъ порядкѣ законъ признаетъ необходимость судебнаго производства дѣлъ о раздѣлахъ, то необходимо предполагать, что онъ представляетъ тѣ же гарантіи лицамъ сельскаго состоянія. Законъ предполагаетъ лишь въ волостныхъ судьяхъ достаточное знаніе мѣстныхъ правовыхъ обычаевъ, необходимое для разрѣшенія спорныхъ имущественныхъ дѣлъ. Почему же важнѣйшія по своему значенію въ крестьянскомъ быту дѣла о раздѣлѣ наслѣдства должны быть предоставлены разбору и окончательному рѣшенію лицъ, которымъ законъ не довѣряетъ разбирательство менѣе важныхъ споровъ?

О другихъ недоумѣніяхъ, возбуждаемыхъ примѣненіемъ ст. 96, мы будемъ говорить ниже, при обзорѣ отношеній надзирающихъ учрежденій къ волостному суду. Недостатки закона въ этомъ отношеніи отражаются на всѣхъ вообще народныхъ судахъ. Такъ подсудность станичныхъ судовъ (соотвѣтствовавшихъ въ казачьихъ войскахъ волостнымъ судамъ) весьма неопредѣленна и разнообразна на практикѣ, что конечно возбуждаетъ безпрерывныя пререканія и жалобы [1]).

Важныя недоумѣнія возбуждаетъ также почти каждая изъ другихъ статей положенія, относящихся къ дѣятельности волостныхъ судовъ и вообще крестьянскихъ учрежденій. Такъ, ст. 97, 98, и 101 даютъ поводъ къ сомнѣніямъ относительно того, при какихъ условіяхъ волостному суду подвѣдомы дѣла, въ которыхъ одной изъ сторонъ является лицо некрестьян-

[1]) См. „Судебный Вѣстникъ" 1873 г., №№ 137 и 140.

скаго состоянія. Ст. 97 опредѣляетъ: если дѣло превышаетъ 100 руб. или тяжба касается недвижимаго имущества внѣ надѣла или въ ней участвуютъ лица другихъ отношеній, то „по требованію“ одной изъ сторонъ дѣло подлежитъ разсмотрѣнію общихъ судебныхъ мѣстъ. По ст. 98: независимо отъ сего могутъ подлежать окончательному рѣшенію волостнаго суда всѣ безъ ограниченія цѣной иска споры и тяжбы между крестьянами, которые тяжущіяся стороны предоставятъ его разсмотрѣнію. Споры и тяжбы, въ которыхъ, кромѣ крестьянъ, участвуютъ и посторонніяя лица, могутъ быть также, по желанію тяжущихся сторонъ, предоставлены окончательному рѣшенію волостнаго суда. А по ст. 101 лица другихъ состояній, противъ коихъ совершены крестьянами проступки, могутъ отыскивать слѣдуемое имъ удовлетвореніе въ волостномъ судѣ или въ общихъ учрежденіяхъ. Неясность редакціи этихъ статей бросается въ глаза, такъ какъ изъ нихъ нельзя составить себѣ опредѣленнаго понятія о томъ, чѣмъ должна выражаться воля некрестьянина, имѣющаго дѣло съ крестьяниномъ, о томъ, должно ли дѣло разбираться въ волостномъ судѣ или въ общихъ учрежденіяхъ. Съ одной стороны, ст. 97 предполагаетъ положительное требованіе некрестьянина о разборѣ дѣла въ общемъ судѣ; слѣдовательно, волостной судъ вправѣ принимать, напр., искъ крестьянина къ лицу другаго состоянія и производить дѣло до тѣхъ поръ, пока лицо это не заявитъ требованія о передачѣ дѣла, т. е. отвода о неподсудности. А съ другой стороны, ст. 98, повидимому, считаетъ подобныя дѣла подвѣдомыми волостному суду лишь при положительно заявленномъ согласіи некрестьянина на разборъ дѣла въ ономъ. Наконецъ, ст. 101 даетъ право простаго начинанія иска къ крестьянину лицомъ другаго состоянія въ волостномъ судѣ. Если вникнуть въ смыслъ закона, то можно разрѣшить эти недоумѣнія слѣдующимъ образомъ. Если лицо другаго состоянія является истцомъ, а крестьянинъ отвѣтчикомъ, тогда предъявленіе первымъ иска въ волостномъ судѣ вполнѣ доказываетъ желаніе его подчиниться рѣшенію этого суда, хотя можетъ быть у него не отнимается право впослѣдствіи изъять дѣло изъ вѣдѣнія волостнаго суда. Но если крестьянинъ является истцомъ, а лицо другаго состояніи отвѣтчикомъ, тогда необходимо положительное изъявленіе согласія послѣдняго на разборъ дѣла въ волостномъ

судѣ; однакожъ нѣкоторыя процессуальныя дѣйствія могутъ весьма ясно обнаруживать желаніе тяжущагося подчиниться рѣшенію даннаго суда (prorogatio tacita) и тогда нѣтъ надобности требовать особаго акта изъявленія воли отвѣтчика. При неясности этихъ статей неудивительно однакожъ, что практика, какъ увидимъ ниже, толкуетъ ихъ въ другомъ смыслѣ, пользуясь неясностью закона для ограниченія юрисдикціи народнаго суда.

Весьма неудовлетворительны также постановленія закона о томъ, въ какой мѣрѣ могутъ быть примѣняемы въ сельскомъ быту обычаи, гдѣ начинается примѣненіе писанныхъ законовъ и гдѣ кончается сфера обычнаго права. Такъ, напр., положеніе (прим. къ ст. 21 о. п.) говоритъ: въ назначеніи опекуновъ и попечителей, въ повѣркѣ ихъ дѣйствій и во *всѣхъ сего рода дѣлахъ* крестьяне руководствуются мѣстными своими обычаями. Возникаетъ важное недоумѣніе: зависитъ ли самое назначеніе или неназначеніе опекуна къ малолѣтнему отъ мѣстныхъ обычаевъ или обязанность установленія опеки существуетъ для крестьянъ въ томъ же видѣ, какъ и для лицъ другихъ состояній, а только порядокъ назначенія и т. п. опредѣляется по обычаю. Гражданскій кассаціонный департаментъ полагаетъ, что опека необходима при опредѣленныхъ закономъ условіяхъ у крестьянъ такъ же, какъ у другихъ лицъ состояній, но порядокъ ея учрежденія и дѣйствія опредѣляется обычаями (к. р. 1872 г. № 210). Практическія послѣдствія этого взгляда заключаются въ томъ, что юридическія дѣйствія малолѣтняго крестьянина, совершенныя безъ участія опеки, недѣйствительны, что онъ не можетъ защищать свои интересы на судѣ и пр. Между тѣмъ въ дѣйствительности опека у крестьянъ учреждается рѣдко и въ нѣкоторыхъ случаяхъ, гдѣ гражданскій законъ считаетъ необходимымъ учрежденіе опеки, она по понятіямъ крестьянъ, невозможна (объ этомъ будетъ говорено послѣ). Такимъ образомъ, требованіе сената встрѣчается на практикѣ съ непреодолимыми затрудненіями; но независимо отъ этого толкованіе сената не соотвѣтствуетъ внутреннему и буквальному смыслу закона. По мысли положенія, обыденная жизнь крестьянина, насколько она не затрогиваетъ правъ и интересовъ лицъ другихъ состояній, должна быть предоставлена обычному праву и контролю его органовъ сельскаго самоуправленія. Сюда относятся въ особенности отношенія семейныя и наслѣдственныя, обыкновенно не выходящія за предѣлы

крестьянскаго быта; сюда слѣдовательно относится и опека. Трудно поэтому найдти объясненіе тому, чтобы законъ ввелъ искусственное, по мысли невѣрное и по исполненію затруднительное раздѣленіе опекунскаго права на двѣ части; одна регулируемая и у крестьянъ общими законами, а другая предоставленная обычному праву. Разладъ между народными понятіями и гражданскими законами и неизвѣстность послѣднихъ сельскому населенію одинаково относится ко всѣмъ частямъ законоположеній объ опекахъ. Затѣмъ слова ст. 21 (прим.): „и во всѣхъ сего рода дѣлахъ" показываютъ, что законъ вовсе не имѣлъ въ виду ограничить примѣненіе обычнаго права лишь отдѣльными частями опекунскихъ отношеній; казуистическая форма изложенія этаго закона составляетъ результатъ юридической неразвитости редакторовъ положенія, а не желанія раздвоить организацію института опеки у крестьянъ. Какъ бы то ни было, недостатокъ ясной формулировки этого закона весьма ощутителенъ.

Еще бо̀льшее значеніе имѣетъ слѣдующее недоумѣніе, вызываемое опять таки неясностью положенія. Ст. 38 общаго положенія опредѣляетъ: въ порядкѣ наслѣдованія крестьянамъ дозволяется руководствоваться мѣстными своими обычаями. Ст. же 96 опредѣляетъ подсудность всѣхъ споровъ и тяжбъ въ волостномъ судѣ суммой 100 руб. Возникаетъ поэтому вопросъ: подсудны ли волостному суду и рѣшаются ли на основаніи обычаевъ дѣла о крестьянскомъ наслѣдствѣ, превышающемъ своей цѣнностью 100 руб.? Ст. 38 повидимому не дѣлаетъ никакого различія по цѣнности крестьянскаго имущества, но ст. 96 распространяетъ норму подсудности въ 100 р. на всѣ крестьянскія дѣла: какъ примирить оба эти постановленія? Вопросъ этотъ возбудился въ самарскихъ по крестьянскимъ дѣламъ учрежденіяхъ и вызывалъ здѣсь два противоположныхъ мнѣнія. Самарскій съѣздъ мировыхъ посредниковъ полагалъ разрѣшить его въ томъ смыслѣ, что всѣ дѣла о наслѣдствѣ крестьянъ подчиняются обычаямъ и подвѣдомы волостному суду. Мнѣніе это съѣздъ основывалъ на слѣдующихъ соображеніяхъ: 1) крестьянское хозяйство, какъ предметъ наслѣдства, всегда почти превышаетъ цѣнностью 100 руб. и слѣдовательно ст. 38 окажется мертвой буквой, если сюда примѣнить норму подсудности, установленную въ ст. 96; 2) преимущественно въ дѣлахъ о наслѣдствѣ замѣчается существенное различіе между производствомъ въ общихъ судахъ и волостныхъ, между закономъ

и обычаемъ: въ дѣлахъ обязательственныхъ это различіе не такъ существенно; слѣдовательно, есть основаніе предполагать, что законодатель установилъ болѣе широкую компетенцію волостныхъ судовъ относительно первой категоріи дѣлъ, чѣмъ относительно второй; 3) несправедливо установлять два различныхъ порядка наслѣдованія для крестьянскаго имущества, имѣющаго всегда одинаковый экономическій характеръ, на основаніи случайнаго и произвольнаго признака извѣстной его цѣнности; 4) въ вопросѣ о томъ, кому принадлежитъ право на наслѣдованіе въ данномъ имуществѣ и въ какой долѣ его, цѣнность этого имущества не имѣетъ никакого юридическаго значенія. Но губернское по крестьянскимъ дѣламъ присутствіе посмотрѣло на этотъ вопросъ иначе. По его мнѣнію ст. 38 только дозволяетъ крестьянамъ руководиться своими обычаями, но не исключаетъ возможности примѣненія къ крестьянскому имуществу законнаго порядка наслѣдованія. По этому ст. 38 примѣнима только до тѣхъ поръ, пока не возникнетъ спора и дѣло не дойдетъ до судебнаго разбирательства. Въ послѣднемъ же случаѣ нельзя уже ограничиваться примѣненіемъ одной ст. 38, но слѣдуетъ принять въ соображеніе и правила ст. 96 и 97, т. е. дѣла о наслѣдствѣ крестьянъ, превышающія 100 р., могутъ подлежать волостному суду лишь по взаимному согласію сторонъ (VI, 323—326) [1].

Юридическая неосновательность разсужденія губернскаго присутствія очевидна: Законный порядокъ наслѣдованія вообще относится къ разряду нормъ не абсолютныхъ, но диспозитивныхъ, т. е. порядокъ этотъ примѣняется судомъ лишь настолько, насколько нѣтъ соглашенія между всѣми заинтересованными лицами объ установленіи другаго порядка наслѣдованія, примѣнительно къ данному имуществу. Внѣ суда и при отсутствіи спора лицамъ всѣхъ состояній не возбраняется распоряжаться своими правами наслѣдованія по своему усмотрѣнію, стало быть и руководствоваться обычными въ данной мѣстности правилами и понятіями. Поэтому законодатель не имѣлъ никакой надобности разрѣшать спеціально крестьянамъ руководиться своими обычаями по наслѣдованію внѣ суда и при отсутствіи спора. Придавать такой смыслъ ст. 38 значитъ отнять у нея всякое содержаніе, придавать ей значе-

[1]) Для краткости мы будемъ ограничиваться при ссылкахъ на труды коммиссіи о преобраз. вол. судовъ однимъ означеніемъ тома и страницы.

ніе своего рода nuda praecepta, но основное правило юридической герменевтики предписываетъ толковать всякій законъ такъ, чтобъ онъ имѣлъ дѣйствительное юридическое значеніе. Нельзя понимать ст. 38 и въ томъ смыслѣ, что она имѣла въ виду подчинить обычному праву только тѣ наслѣдства крестьянъ, которыя не превышаютъ цѣнности 100 руб., ибо въ такомъ случаѣ не было никакой надобности въ особой главѣ помѣстить особую статью собственно о наслѣдствѣ, а довольно было общаго правила ст. 96 и 97, а ст. 38 оказывается совершенно излишней. Весьма основательны также соображенія мироваго съѣзда по этому предмету (хотя не всѣ одинаково; такъ доводъ 4-ый одинаково примѣнимъ и къ дѣламъ договорнымъ: и тутъ цѣнность спорнаго права не имѣетъ вліянія на его сущность; однакожъ не только у крестьянъ, но и въ общемъ порядкѣ подсудность этихъ дѣлъ различается по ихъ цѣнности). Все это приводитъ къ тому заключенію, что ст. 38 можно понимать только въ слѣдующемъ смыслѣ: всякое крестьянское наслѣдство (недвижимое въ предѣлахъ надѣла) подлежитъ обычному праву. А такъ какъ органомъ обычнаго права при существующихъ условіяхъ можетъ служить одинъ волостной судъ, то дѣла о наслѣдствѣ крестьянъ подлежатъ вѣдѣнію волостнаго суда, не подчиняясь нормѣ подсудности, опредѣленной въ ст. 96. Нельзя допустить мысли, чтобы дѣла эти могли подлежать въ извѣстныхъ случаяхъ мировому суду, потому что послѣдній, хотя и можетъ примѣнять мѣстные обычаи, но лишь въ случаяхъ, законами неразрѣшаемыхъ (ст. 130 уст. гр. суд.) что́ вовсе непримѣнимо къ дѣламъ по законному наслѣдованію. Общіе же суды вовсе не имѣютъ права примѣнять мѣстные обычаи. Этому толкованію вовсе не противорѣчитъ смыслъ ст. 96; напротивъ, оно находитъ въ послѣдней нѣкоторое подтвержденіе. Такъ какъ ст. 96 не содержитъ принципіальнаго разрѣшенія вопроса о компетенціи волостныхъ судовъ (какъ это дѣлаетъ ст. 1 уст. гр. суд. для общихъ судовъ), а представляетъ отдѣльное перечисленіе разныхъ категорій гражданскихъ дѣлъ, то при первостепенной важности наслѣдственныхъ отношеній у крестьянъ ст. 96 не преминула бы упомянуть и о нихъ, еслибъ законъ имѣлъ въ виду сравнить эти дѣла съ прочими въ отношеніи подсудности ихъ волостному суду. Молчаніе же о наслѣдственныхъ дѣлахъ ст. 96 доказываетъ, что по мысли закона эти дѣла (такъ какъ въ нихъ, по вѣрному замѣчанію самарскаго съѣзда мировыхъ посредниковъ, всего болѣе замѣчается разладъ

между писаннымъ закономъ и обычаемъ) должны во всякомъ случаѣ быть изъяты изъ подъ вліянія общихъ законовъ и общихъ судовъ. Поводомъ къ невѣрному толкованію самарскаго губернскаго присутствія во всякомъ случаѣ послужила неопредѣлительность положенія по сему предмету, quod erat demonstrandum.

Ст. 107 общ. пол. опредѣляетъ: если стороны не пойдутъ на мировую сдѣлку, то судъ (волостной) рѣшитъ дѣло либо на основаніи заявленныхъ въ волостномъ правленіи сдѣлокъ и обязательствъ, если таковыя были заключены между спорящими сторонами, либо, при отсутствіи такихъ сдѣлокъ, на основаніи мѣстныхъ обычаевъ и правилъ, принятыхъ въ крестьянскомъ быту. По ясному смыслу этой статьи волостной судъ можетъ принимать въ соображеніе при разборѣ дѣлъ къ обязательствамъ мѣстные обычаи только при отсутствіи явленнаго письменнаго акта. Когда таковой актъ имѣется, право примѣненія обычая прекращается, Но всякому извѣстно, что какъ бы ни былъ опредѣлителенъ договоръ, въ случаѣ возникшаго судебнаго спора одного договора недостаточно для разрѣшенія спора, а необходима еще помощь закона и общихъ началъ права. При разрѣшеніи вопросовъ о силѣ и дѣйствительности договора, о прекращеніи его силы, о послѣдствіяхъ неисполненія его и т. д., невозможно довольствоваться одними условіями самаго договора. Отъ договоровъ крестьянъ, всего менѣе отличающихся юридическою развитостью, ужъ никакъ нельзя ожидать, чтобъ они предусмотрѣли даже все то, что по закону зависитъ отъ произвола сторонъ. Спрашивается: чѣмъ же долженъ руководствоваться волостной судъ при разрѣшеніи въ договорномъ дѣлѣ тѣхъ вопросовъ, которые не опредѣлены договоромъ или даже не могутъ быть имъ опредѣляемы? Обычаи примѣнять онъ не вправѣ, ибо имѣется явленная сдѣлка. Законовъ же онъ не знаетъ и знать не можетъ. Было бы очевидно нелѣпо и противно смыслу всѣхъ постановленій о волостномъ судѣ, еслибъ отъ него стали требовать примѣненія къ крестьянамъ X тома и кассаціонныхъ рѣшеній по обязательнымъ дѣламъ. Въ дѣйствительности никто не сомнѣвается въ правѣ волостнаго суда примѣнять обычаи ко всѣмъ вообще дѣламъ, въ немъ производящимся. Весьма неудачная редакція ст. 107 есть результатъ того очень распространеннаго у насъ убѣжденія, юридически однакожъ совершенно невѣрнаго, будто въ дѣлахъ по договорамъ роль гражданскаго суда ограничивается точнымъ соблюденіемъ условій договора,

не больше. Мы будемъ имѣть еще случай говорить объ этомъ заблужденіи, насколько оно касается нашего предмета. Здѣсь же достаточно указать на ст. 107, какъ на одно изъ доказательствъ юридической неразвитости редакторовъ положенія.

Этихъ замѣчаній довольно для того, чтобъ доказать: что неопредѣлительность и неясность положенія сразу поставила дѣятельность волостнаго суда въ затруднительное положеніе, подавъ многочисленные поводы къ недоумѣніямъ и спорамъ о компетенціи и прозводствѣ дѣлъ въ новомъ судѣ.

Другой важный недостатокъ, коренящійся въ самомъ законѣ, заключается въ централизаціи народнаго суда, провозглашеніи судебной единицей не общины, а волости. Не только вновь учрежденные народные суды должны по положенію быть органами волости, а не общества, но и тамъ, гдѣ уже существовалъ учрежденный по мѣстнымъ обычаямъ крестьянскій судъ, онъ могъ сохранить существованіе на будущее время лишь съ тѣмъ условіемъ, чтобъ въ избраніи судей участвовала вся волость (прим. 2. къ ст. 93 общ. полож.). Каковы бы ни были соображенія побудившія законодателя дать такую организацію волостному суду, несомнѣнно то, что эта основная его черта противорѣчитъ въ значительной мѣрѣ народнымъ потребностямъ и понятіямъ о лучшей формѣ суда. Съ древнѣйшаго времени русскій народъ считалъ лучшей формой самоуправленія и самосуда общинное разбирательство дѣлъ при участіи всѣхъ членовъ общины, а не выборными людьми, въ особенности если выборы должны идти дальше ближайшаго общественнаго союза и вообще представляютъ нѣкоторую сложность. Это обстоятельство ярко обнаружилось въ исторіи южнорусскихъ городовъ. Мѣщане этихъ городовъ не могли (при польскомъ владычествѣ) усвоить себѣ нѣмецкую систему самоуправленія (по магдебургскому праву), несмотря на несомнѣнныя ея достоинства, но сохраняли древнеобычную систему общинныхъ сходокъ (вѣча), что̀ служило одной изъ причинъ паденія этихъ городовъ [1]). Естественно, что вѣче возможно только въ предѣлахъ одной общины (мірская сходка); по крайней мѣрѣ собраніе болѣе многочисленное (напр. домохозяевъ цѣлой волости) затруднительно и рѣдко можетъ привести къ какому-нибудь соглашенію. Отсюда весьма любопытное явленіе, раскрытое трудами коммисіи о волостныхъ судахъ. Въ то время, какъ мы наивно вѣрили, будто

[1]) Антоновичъ въ пред. къ т. I, ч. V, арх. южн. зап. Россія, стр. 64—66.

волостной судъ, установленный закономъ, и есть дѣйствительный и притомъ единственный органъ народнаго суда, въ дѣйствительности главную роль, какъ органъ народнаго правосудія, играетъ сельскій судъ, учрежденіе, совершенно неизвѣстное положенію и не пользующееся никакимъ легальнымъ авторитетомъ. Это обнаружилось непосредственно по введеніи крестьянской реформы „Кромѣ юрисдикціи волостныхъ судовъ,—писалъ одинъ мировой посредникъ полтавской губерніи въ 1862 году,—узаконенной положеніемъ о крестьянахъ, существуетъ у крестьянъ другой, подзаконный судъ, судъ громады. Этотъ послѣдній судъ, всегда ближайшій къ мѣсту совершенія противозаконнаго дѣйствія, распространяетъ свою юрисдикцію на дѣла, въ которыхъ громада, по увлеченію страсти или убѣжденію разсудка, видитъ особенно чувствительное оскорбленіе общественной нравственности и всякую проволочку признаетъ неумѣстной“.

Такъ, громада изрекаетъ свои приговоры по дѣламъ о ссорахъ и дракахъ съ какимъ-либо задирающимъ свойствомъ, о домашнихъ распряхъ супруговъ, о прелюбодѣйствѣ и въ нѣкоторыхъ случаяхъ воровства [1]). Труды коммисіи подтверждаютъ этотъ фактъ и доказываютъ, что мы имѣемъ тутъ дѣло съ явленіемъ не мѣстнымъ, а общераспространеннымъ по всей Россіи. Вездѣ членамъ коммисіи приходилось слышать, что всѣ дѣла у крестьянъ разбираются предварительно сельскимъ судомъ и только при несогласіи сторонъ подчиниться его рѣшенію переходятъ въ волостной судъ (I, 623, 641, 675, 754; II, 488, 513, 528, 534; III, 217; IV, 323; V, 382, 466; VI, 96, 122, 209 и мн. др.). Встрѣчаемъ такого рода свѣдѣнія. Въ одной волости бываетъ въ годъ дѣлъ около 50-ти, но до волостнаго суда доходитъ не болѣе 10-ти (VI, 256); въ другой изъ 20-ти дѣлъ до волостнаго суда доходитъ одно или два (VI, 300); въ третьей—$^1/_{10}$ общаго количества дѣлъ (VI, 461); значитъ огромное большинство дѣлъ рѣшается на мѣстѣ, въ селѣ. Отсюда возможность такихъ фактовъ, что въ нѣкоторыхъ волостяхъ волостной судъ никогда не собирается и никакихъ дѣлъ не разсматриваетъ (V, 414, 528). Организація сельскаго суда, правда, не вездѣ одинакова. Въ нѣкоторыхъ мѣстахъ весь міръ по праздничнымъ днямъ разбираетъ судебныя дѣла (V, 498), что согласуется съ упомянутымъ свидѣтельствомъ мироваго посредника. По замѣчанію г. Ефименки, крестьяне архангельской гу-

[1]) Наблюденія мироваго посредника (Основа 1862 г., кн. 2, стр. 29).

берніи предпочитаютъ свой самосудъ и притомъ судъ *сосѣдей* суду волостному и сельской сходки [1]). Объ одной волости полтавскаго уѣзда то же имѣемъ свѣдѣніе, что тамъ споры между супругами разбираются сосѣдями (IV, 244); въ кіевской губерніи эти же дѣла разбираются волостнымъ старшиной, который оканчиваетъ ихъ примиреніемъ; до волостнаго же суда они не доходятъ (V, 127). Въ другихъ мѣстахъ сельскій судъ имѣетъ болѣе развитую организацію, именно онъ состоитъ изъ сельскаго старосты и опредѣленнаго числа добросовѣстныхъ (I, 623 и др.), которые выбираются въ одной волости по 3 человѣка на годъ (VI, 465). Въ другой волости онъ состоитъ изъ старосты и 2-хъ стариковъ, причемъ рѣшеніями его крестьяне всегда почти довольны и не переносятъ дѣлъ въ волость (VI, 474). Только въ весьма немногихъ мѣстахъ крестьяне заявляли, что судъ стариковъ выводится (IV, 323), или что его вовсе нѣтъ (III, 299; IV, 487), изъ чего однако нельзя заключить, что сельскій судъ не существуетъ тамъ въ другой формѣ. Какой взглядъ крестьяне имѣютъ на отношеніе міра къ судебнымъ спорамъ своихъ членовъ, видно изъ слѣдующаго любопытнаго заявленія, слышаннаго членами коммисіи въ одной волости: когда дѣло извѣстно всему міру, на что́ доказательства? Міръ тогда вступится за праваго (IV, 112). Взаимное отношеніе сельскаго и волостнаго судовъ повсемѣстно установилось такимъ образомъ, что въ дѣятельности сельскихъ учрежденій вообще преобладаетъ обычай и примиреніе, на волости—законъ (подъ которымъ крестьяне обыкновенно понимаютъ единственный извѣстный имъ законъ—положеніе о крестьянахъ, да отчасти сельскій судебный уставъ). Законъ хорошъ на волостномъ судѣ, говорятъ крестьяне, а обычай — на сельскомъ сходѣ (III, 220); обычай дѣйствуетъ болѣе на сельскомъ сходѣ (дѣла семейныя и наслѣдственныя), законъ примѣняется волостнымъ судомъ, въ который дѣла поступаютъ лишь въ томъ случаѣ, если на селѣ не рѣшены окончательно (VI, 83). Крестьяне очень дорожатъ сельскимъ судомъ, несмотря на отсутствіе въ немъ всякаго легальнаго авторитета. Въ одной волости они заявили, что они волостнымъ судомъ довольны, но просятъ оставить имъ и сельскій судъ, какъ болѣе удобный (V, 7). Въ другой волости крестьяне заявили, что, по ихъ мнѣнію, слѣдуетъ совершенно отмѣнить волост-

[1]) Сборникъ нар. юрид. обычаевъ арханг. губ., стр. 277.

ной судъ, учредить взамѣнъ его сельскій, который состоялъ бы изъ старосты съ понятыми, стариками. Судъ этотъ долженъ кончать дѣла примиреніемъ, а если это ему не удастся, то стороны должны обратиться къ мировому судьѣ (борская волость въ самарской губ., VI, 162).

Мы видимъ такимъ образомъ, что данная организація народнаго суда не удовлетворяетъ потребностямъ и понятіямъ народной массы. Волостной судъ, который по мысли закона долженъ былъ сдѣлаться вполнѣ народнымъ, оказывается слишкомъ сложнымъ, формальнымъ и отдаленнымъ для огромнаго большинства крестьянскихъ дѣлъ. Какъ ни проста по нашимъ понятіямъ организація волостныхъ судовъ для безхитростной массы русскаго народа, по сообразно ея экономическимъ условіямъ нуженъ судъ еще болѣе дешевый и доступный съ одной стороны и еще болѣе примитивный по своей организаціи съ другой стороны. Образовались вслѣдствіе этого два органа народнаго суда: одинъ вполнѣ народный, судящій исключительно по обычаю, другой— полуоффиціальный, примѣняющій уже и законъ, вслѣдствіе чего къ нему обращаются лишь въ исключительныхъ случаяхъ. Авторитетъ перваго основывается единственно на согласности его съ народными убѣжденіями о судѣ и правѣ, и живучесть его достаточно доказывается тѣмъ, что, несмотря на отсутствіе всякой поддержки со стороны закона и государства, ему удается окончательно разрѣшать большинство крестьянскихъ споровъ. Иногда обыкновенныя формы суда оказываются неудовлетворяющими настоятельной потребности въ правосудіи, и тогда мы видимъ на нашихъ степяхъ явленіе, аналогичное американскому суду Линча, который, какъ извѣстно, есть своего рода ultima ratio populorum въ дѣлѣ юстиціи. Такъ, мы встрѣчаемъ въ трудахъ коммисіи (VI, 455) слѣдующее любопытное извѣстіе. Елшанское общество (аткарскаго уѣзда саратовской губ.) у начальства считается самымъ безпокойнымъ и ненадежнымъ въ уѣздѣ. Тамъ много конокрадовъ, въ окружномъ судѣ дѣла о конокрадахъ обыкновенно кончаются ничѣмъ. Поэтому крестьяне организовали сельскій судъ, разбирающій всѣ дѣла крестьянъ, въ томъ числѣ и по конокрадству. Судъ этотъ, вопреки постановленіямъ закона, наказываетъ розгами до 200 и болѣе. Со времени учрежденія этого суда съ такими широкими, такъ сказать, полномочіями въ окрестности стало много спокойнѣе и конокрадства менѣе.

Ясно, что признаніе волости судебной единицей было съ самаго начала важнымъ недостаткомъ народнаго суда, организованнаго положеніемъ о крестьянахъ; по крайней мѣрѣ въ этомъ видѣ онъ не можетъ вполнѣ удовлетворять крестьянскимъ требованіямъ относительно юстиціи.

Затѣмъ надо имѣть въ виду еще то, что положеніе, подчиняя волостной судъ контролю надзирающихъ за крестьянскимъ самоуправленіемъ учрежденій (мировыхъ посредниковъ и ихъ съѣздовъ, губернскихъ присутствій и сената), вовсе не опредѣлило характера взаимныхъ отношеній между волостнымъ судомъ и этими учрежденіями, предѣловъ власти послѣднихъ въ отмѣнѣ рѣшеній первыхъ и т. д. Только въ 1866 г. изданъ законъ, въ силу котораго контроль съѣздовъ и губернскихъ присутствій относительно рѣшеній волостныхъ судовъ получилъ характеръ кассаціонный.

Это послѣднее замѣчаніе дастъ намъ возможность перейти къ другой половинѣ задачи этой главы—характеристикѣ положенія, въ которое поставлена дѣятельность волостныхъ судовъ вліяніемъ и контролемъ надзирающихъ учрежденій. Эта сторона вопроса, какъ мы замѣтили уже, весьма поучительна въ виду господствующихъ въ значительной части общества мнѣній о крестьянскомъ самоуправленіи и самосудѣ, о необходимости строгаго контроля надъ волостными судами, о благодѣтельной роли мировыхъ посредниковъ въ этомъ отношеніи и т. п. Одинъ практикъ (повидимому бывшій мировой посредникъ) утверждаетъ, напр., слѣдующее. Сначала посредники защищали крестьянъ отъ дикихъ рѣшеній волостныхъ судовъ, но потомъ вышелъ законъ о томъ, что рѣшенія волостныхъ судовъ могутъ быть отмѣняемы только по кассаціоннымъ основаніямъ; законъ этотъ совершенно уничтожилъ власть посредниковъ надъ этими судами и тѣмъ слѣдовательно отнялъ у нихъ возможность „благодѣтельствовать" [1]). Что публицисты „Моск. Вѣдом." проводятъ подобные взгляды—это совершенно естественно, но болѣе достовѣрный матеріалъ, состоящій въ подлинныхъ рѣшеніяхъ мировыхъ съѣздовъ и губернскихъ присутствій, напечатанныхъ въ трудахъ коммисіи, доказываетъ, въ какой степени можно довѣрять подобнымъ толкамъ о защитѣ крестьянъ отъ самодурства волостныхъ судовъ благодѣтелями посредниками. Пусть говорятъ факты.

---

[1]) См. „Моск. Вѣдом." 1874 г., № 199, статью г. Н. Б.

Въ одной мѣстности съѣздъ мировыхъ посредниковъ и губернскія присутствія кассируютъ рѣшенія волостныхъ судовъ по слѣдующимъ основаніямъ:

1) Если рѣшеніе основано на духовномъ завѣщаніи неформальномъ (II, 84); законъ положительно предоставляетъ крестьянамъ руководиться въ дѣлахъ о наслѣдствѣ своими обычаями; вообще волостной судъ нисколько не обязанъ примѣнять правила X тома. Требовать отъ крестьянъ составленія своихъ завѣщаній формальнымъ образомъ и нелѣпо и противозаконно.

2) Если судъ призналъ семейнымъ долгомъ заемъ, заключенный однимъ изъ членовъ семьи и лично для себя (ib. 85). У крестьянъ семейная собственность, какъ извѣстно, преобладаетъ надъ личной. Волостной судъ правильно признаетъ поэтому долгъ, сдѣланный членомъ семьи, лежащимъ на всѣхъ ея членахъ, если доказано, что онъ пошелъ на нужды семьи. Во всякомъ случаѣ относясь къ существу дѣла, это обстоятельство не подлежало повѣркѣ съѣзда въ силу закона 1866 г.

3) Если рѣшеніемъ нарушено требованіе ст. 1,324 зак. гр. (о нераздробленіи нѣкоторыхъ недвижимыхъ имуществъ при раздѣлѣ наслѣдства), какъ будто статьи X тома вообще, и особенно тѣ, которыя касаются наслѣдства, обязательны для волостнаго суда! (ib. 87).

4) За принятіе къ разбору дѣла о понужденіи супруга къ совмѣстному жительству, тогда какъ таковыя дѣла, на основаніи ст. 1,337 уст. гр. суд., подсудны общимъ судебнымъ мѣстамъ (ib. 618). Хотя ст. 96 въ перечисленіи дѣлъ гражданскаго свойства, подлежащихъ вѣдѣнію волостнаго суда, и не упоминаетъ о спорахъ между супругами, но несомнѣнно, что онъ можетъ разбирать эти дѣла. Во-первыхъ было бы ни съ чѣмъ несообразно предполагать, что законодатель, желая обезпечить сельскому населенію дешевый и доступный судъ по обыденнымъ дѣламъ, изъялъ изъ вѣдомства этого суда наиболѣе обыденныя дѣла, въ родѣ дѣлъ по спорамъ супруговъ (если при этомъ не затрогиваются такіе вопросы, какъ законность брака и рожденій), въ томъ числѣ и споровъ о раздѣльной жизни. Во вторыхъ, ст. 97 предоставляетъ вѣдѣнію волостнаго суда всякія вообще дѣла крестьянъ, если обѣ стороны согласны на разборъ дѣлъ этимъ судомъ. Поэтому, когда обѣ стороны не протестовали противъ разбора ихъ дѣла волостнымъ судомъ, съѣздъ не имѣлъ права кассировать его рѣ-

шенія по неподсудности. Въ-третьихъ, ст. 1,337 уст. гр. суд. вовсе не говоритъ, что никакія брачныя дѣла не могутъ подлежать разбору волостнаго суда; выраженіе „суду *гражданскому* подлежатъ дѣла и пр.“ не изъемлетъ и волостной судъ, который тоже есть гражданскій судъ для сельскаго населенія. И дѣйствительно, изъ трудовъ коммисіи видно, что споры между супругами, между прочимъ и относительно раздѣльной или совмѣстной жизни, вездѣ разбираются волостными судами въ значительномъ количествѣ. Тутъ мы опять встрѣчаемся съ однимъ изъ тѣхъ редакціонныхъ недостатковъ ст. 96 общ. пол., о которыхъ говорено было выше.

5) За нарушеніемъ 3 п. ст. 371 и ст. 409 уст. гр. суд., такъ какъ волостной судъ присудилъ долгъ на основаніи свидѣтельскаго показанія (ib. 623). Мировой посредникъ, представившій дѣло въ съѣздъ съ мнѣніемъ объ отмѣнѣ рѣшенія вол. суда, полагалъ, что обычай не могъ быть тутъ примѣненъ, ибо лица, между которыми происходилъ споръ, уже прежде заключали между собой письменные договоры; стало быть нужно было и по этому дѣлу требовать письменныхъ доказательствъ. Разсужденіе это не нуждается въ разборѣ, равно какъ законность примѣненія къ волостному суду статей уст. гр. суд., въ особенности ст. 409. Извѣстно, что примѣненіе этой статьи къ разбирательству у мировыхъ судей противорѣчитъ смыслу закона и установилось въ практикѣ только въ силу преобладанія формализма и юридической ошибки. Недоставало только того, чтобъ обязать и волостные суды требовать письменныхъ доказательствъ всякаго долга у крестьянъ. Благодѣтели посредники дошли и до этого абсурда.

6) За разсмотрѣніе дѣлъ по обвиненію въ продажѣ питей въ долгъ (ст. 331 уст. пит.), что будто бы неподсудно волостному суду (ib. 625).

7) За рѣшеніе дѣла малолѣтняго безъ участія опекуна (ib. 627). Выше мы доказывали уже, что требованіе учрежденія опеки къ каждому несовершеннолѣтнему, согласно требованіямъ общихъ законовъ, непримѣнимо къ крестьянскому быту по юридическимъ и экономическимъ основаніямъ. Мы коснемся еще этого предмета послѣ и потому не будемъ излагать здѣсь доводовъ, по которымъ считаемъ отмѣну рѣшенія волостнаго суда на этомъ основаніи неправильной.

8) За нарушеніе ст. 107 общ. пол. непринятіемъ за основаніе

рѣшенія формальнаго договора (ib. 630 и 659). Мы говорили уже о недостаткахъ ст. 107 по редакціи и внутреннему содержанію. Настоящее рѣшеніе съѣзда доказываетъ вѣрность сдѣланныхъ выше замѣчаній. Несомнѣнно, что никакой судъ не можетъ быть поставленъ въ положеніе механическаго исполнителя договоровъ. Право толкованія и обсужденія силы ихъ всегда предоставляется суду, разбирающему дѣло по существу, какова бы ни была организація этого суда. Поэтому отмѣну рѣшеній волостнаго суда по такому основанію нельзя не признать неправильной, тѣмъ болѣе, что съѣздъ входитъ такимъ образомъ въ обсужденіе существа дѣла.

9) Мировой посредникъ представляетъ объ отмѣнѣ рѣшенія волостнаго суда по нарушенію ст. 129 уст. гр. суд., ибо въ рѣшеніи не изложены основанія его (ib. 633). Значитъ, отъ безграмотныхъ волостныхъ судей можно требовать мотивировки рѣшеній по правиламъ судебныхъ уставовъ! Откуда почерпнутъ такой мудрый взглядъ—неизвѣстно.

10) Волостной судъ разбиралъ дѣло о задаткѣ по нарушенному договору запродажи, суммой въ 25 р. Самое же запроданное имущество было стоимостью въ 240 р. Съѣздъ отмѣнилъ рѣшеніе по неподсудимости вслѣдствіе превышенія нормы 100 р. (ib. 660). Примѣненіе ст. 96 тутъ очевидно неправильно. За основаніе подсудности принимается цѣна иска, т.-е. того, что въ данный моментъ составляетъ предметъ спора, а не другаго правоваго отношенія, изъ котораго вытекаетъ настоящій споръ. Поэтому споръ о задаткѣ 25 р. (когда обѣ стороны не спорятъ о недѣйствительности самой запродажи) подлежалъ вѣдѣнію волостнаго суда.

Въ другой мѣстности дѣятельность съѣздовъ и губернскихъ присутствій представляетъ слѣдующія данныя.

1) У крестьянъ существуетъ обычай, что всякій домохозяинъ обязался огораживать свою усадьбу, садъ, огородъ и пр. и можетъ быть къ этому принуждаемъ сосѣдями и обществомъ въ видахъ избѣжанія споровъ, неизбѣжныхъ при отсутствіи изгороди. По обычаю, для понужденія лица, неисполняющаго этой обязанности, односельчане могутъ прибѣгать къ нѣкоторымъ мѣрамъ насилія и самоуправства, не подвергаясь никакой отвѣтственности. Обыкновенно это понужденіе состоитъ въ томъ, что у неисправнаго забираютъ нужное въ хозяйствѣ имущество и удерживаютъ до возведенія изгороди. Волостной судъ, разбирая дѣло по обвиненію сосѣдей въ самовольномъ забраніи телѣги у крестьянки, не

огорожавшей своего огорода, оправдалъ обвиняемыхъ на основаніи обычая. Любимовскій мировой съѣздъ 2 раза кассировалъ тождественные оправдательные приговоры волостнаго суда по этому дѣлу (послѣ первой кассаціи вол. судъ опять оправдалъ обвиняемыхъ), причемъ опредѣлилъ, что если вол. судъ еще разъ осмѣлится признать преступленіе и насиліе народнымъ обычаемъ, то судьи будутъ преданы суду по строгости закона. Ярославское губернское присутствіе утвердило рѣшеніе съѣзда, но сенатъ отмѣнилъ эти опредѣленія и призналъ рѣшеніе вол. суда постановленнымъ въ предѣлахъ его власти (III, 295). Исходъ этого замѣчательнаго дѣла освобождаетъ насъ отъ обязанности доказывать неправильность рѣшенія съѣзда, но впослѣдствіи мы коснемся еще этого предмета по существу обычая, бывшаго предметомъ пререканія.

2) Волостной судъ призналъ недѣйствительнымъ завѣщаніе, составленное въ пользу брата при наличности сыновей, но съѣздъ отмѣнилъ это рѣшеніе, такъ какъ завѣщаніе составлено было съ соблюденіемъ законныхъ формъ (ib. 296). Такъ какъ ст. 38 общ. пол. предоставляетъ крестьянамъ руководиться въ дѣлахъ о наслѣдствѣ своими обычаями, то рѣшеніе вол. суда по этому дѣлу могло бы быть отмѣнено только по несогласію его съ мѣстнымъ обычаемъ (съѣздъ однакожъ, по закону 1866 г., вовсе не можетъ входить въ обсужденіе этого вопроса). Соблюденіе же формъ въ завѣщаніи, въ виду ст. 38, очевидно не имѣетъ тутъ никакого значенія.

3) Кассированы рѣшенія вол. судовъ потому, что не видно изъ нихъ, было ли предложено сторонамъ окончить дѣла примиреніемъ (ib. 297; IV, 621, 627). Какъ будто законъ обязываетъ в. суды вести протоколы засѣданій и записывать рѣшенія съ такою же обстоятельностью, какъ въ общихъ судахъ!

4) Отмѣнено рѣшеніе вол. суда за непроизводствомъ дознанія на мѣстѣ (ib. 416); тогда какъ ст. 106 о. п. предоставляетъ это усмотрѣнію в. суда, разбирающаго дѣло, и даже по общимъ правиламъ процесса повѣрка доказательствъ, предоставленная закономъ усмотрѣнію суда, не можетъ быть отъ него требуема и неисполненіе повѣрки не можетъ поэтому служить поводомъ отмѣны рѣшенія.

Въ третьей мѣстности встрѣчаемъ слѣдующія рѣшенія.

1) Отмѣнено рѣшеніе вол. суда за разборъ дѣла о кражѣ со

взломомъ, причемъ взломъ состоялъ въ томъ, что воръ пролѣзъ чрезъ соломенную крышу амбара (IV, 616). Мы очень сомнѣваемся, чтобъ и въ общихъ судахъ можно было квалифицировать такую кражу, какъ совершенную со взломомъ. Извѣстно также, что понятіе о взломѣ, искусственно пересаженное на нашу почву изъ другихъ законодательствъ, нисколько не гармонируетъ ни съ условіями нашего быта, ни съ народными правовыми понятіями.

2) Отмѣнено рѣшеніе вол. суда за нарушеніемъ закона о томъ; что при отсутствіи завѣщанія всѣ ближайшіе родственники должны участвовать въ раздѣлѣ наслѣдства (ib. 619); опять явное нарушеніе принципа ст. 38 общ. пол.

3) Волостной судъ не можетъ примѣнять обычая безъ соблюденія условій ст. 130 уст. гр. суд. Нарушеніе этого даетъ съѣзду право отмѣнить рѣшеніе вол. суда (ib. 620). Нечего доказывать, какъ незаконно такое рѣшеніе съѣзда.

4) Дѣло разбиралось въ полиціи, она отказала истцу, но онъ не обжаловавъ опредѣленія полиціи уѣздному суду, началъ искъ въ волостномъ судѣ. Съѣздъ отмѣнилъ рѣшеніе волостнаго суда, такъ какъ дѣло въ этомъ положеніи ему было неподсудно (ib. 624). Но извѣстно, что въ старомъ порядкѣ опредѣленія полиціи по безспорному дѣлу могли быть отмѣняемы какъ въ порядкѣ частнаго обжалованія уѣздному суду или магистрату, такъ и начатіемъ иска въ надлежащемъ судебномъ мѣстѣ. Поэтому для спора между крестьянами при условіяхъ ст. 96 общ. пол. предъявленіе иска въ волостномъ судѣ послѣ отказа истцу полиціей было вполнѣ правильно, и этимъ дѣйствіемъ уничтожено опредѣленіе полиціи безъ жалобы уѣздному суду. Слѣдовательно, съѣздъ не имѣлъ основанія признать дѣло неподсуднымъ вол. суду.

5) Отмѣнено рѣшеніе вол. суда за неизложеніемъ въ немъ обстоятельствъ дѣла съ достаточной полнотой, отзыва сторонъ и показаній свидѣтелей (ib. 627, 641, 648). Но по характеру вол. суда и его организаціи подобныя требованія едва ли не столько же неумѣстны, какъ въ отношеніи приговора присяжныхъ засѣдателей. Такъ какъ существо дѣла, рѣшеннаго вол. судомъ, не подлежитъ повѣркѣ надзирающихъ учрежденій (по закону 1866 г.), затѣмъ примѣненіе обычаевъ, какъ источника права, къ доказаннымъ фактамъ, по неизвѣстности обычаевъ съѣзду, не можетъ подлежать его провѣркѣ (независимо отъ закона 1866 г), а оцѣнка доказательствъ (особенно свидѣтелей) тоже зависитъ отъ убѣжде-

нія же вол. суда, то какой смыслъ можетъ имѣть упрекъ рѣшенію въ неполнотѣ изложенія?

6) Такое же значеніе имѣетъ отмѣна рѣшеній вол. суда за неполнымъ обслѣдованіемъ дѣла (ib. 642, 643); какъ будто съѣздъ не кассаціонная, а апелляціонная инстанція относительно вол. суда.

7) Отмѣнено рѣшеніе вол. суда за то, что онъ не обратилъ вниманія на давность (ib. 643, 645), причемъ изъ дѣлъ этихъ не видно, жаловались ли заинтересованныя стороны на это или самъ съѣздъ усмотрѣлъ нарушеніе. Даже при наличности жалобы эти рѣшенія съѣзда намъ кажутся неправильными, ибо законъ о давности, какъ всѣ гражданскіе законы, необязателенъ для вол. суда тамъ, гдѣ онъ вправѣ примѣнять обычаи.

8) Разбирательство дѣлъ о проторяхъ и убыткахъ отъ веденія дѣла въ старомъ судѣ признано неподсуднымъ вол. суду (ib. 645). Объ этомъ взглядѣ мы будемъ говорить послѣ.

9) Волостной судъ будто бы не можетъ присудить долгъ по утерянному документу, но долженъ требовать представленія документа (хоть бы и несуществующаго? Ib. 647). На чемъ основано такое мудрое требованіе — угадать трудно. Какъ извѣстно, никто не можетъ быть обязанъ къ невозможному, слѣдовательно и къ представленію утерянной бумаги, мѣсто нахожденіе которой ему неизвѣстно. Ни одно законодательство не признаетъ также, чтобы потеря документа (представляющаго обыкновенно не corpus обязательства, а его доказательство) влекла за собой и потерю права на немъ основаннаго, если существованіе этого права можетъ быть доказано инымъ образомъ. Менѣе всего такой взглядъ примѣнимъ тамъ, гдѣ законъ не обусловливаетъ ни одно обязательственное право существованіемъ письменнаго акта.

10) Опредѣленіе очень строгой (по мнѣнію съѣзда) мѣры наказанія даетъ ему право отмѣнить рѣшеніе вол. суда (ib. 647); опять съѣздъ является въ роли апелляціонной инстанціи, не присвоенной ему закономъ.

11) Неправильное опредѣленіе, кто долженъ получить наслѣдство, даетъ поводъ къ отмѣнѣ рѣшенія вол. суда (ib. 648). См. выше sub 2.

12) Купецъ Н. заявилъ въ вол. судѣ искъ къ крестьянину Д. Съѣздъ отмѣнилъ рѣшеніе его по этому дѣлу на томъ основаніи, что не отобрана отъ Н., какъ лица некрестьянскаго сословія, под-

иска о желаніи его подчиниться разбору вол. суда. Волостной же судъ полагаетъ, что заявленіе самимъ Н. иска въ этомъ судѣ достаточно доказываетъ его согласіе на разборъ дѣла вол. судомъ (ib. 139). На чьей сторонѣ тутъ юридическая логика и смыслъ закона, видно изъ того, что было сказано прежде по существу вопроса о томъ, въ какомъ порядкѣ лица некрестьянскаго сословія должны изъявлять согласіе на разборъ ихъ дѣлъ вол. судомъ.

Въ кіевской и екатеринославской губерніяхъ рѣшенія волостныхъ судовъ подвергались отмѣнѣ по слѣдующимъ основаніямъ.

1) Весьма часты такія отмѣны по нарушенію ст. 87 мѣстнаго положенія (V, 351 и др.), между тѣмъ статья эта находится, по замѣчанію одного посредника. въ противорѣчіи со ст. 160 и 167 положенія о выкупѣ (ib. 365); кассируются даже такія рѣшенія, гдѣ вол. судъ разбиралъ споры членовъ одной семьи о правѣ на отдѣлъ, что едвали соотвѣтствуетъ смыслу ст. 87.

2) За взысканіе по побоямъ болѣе 3 р. въ пользу обиженнаго (ib. 380, 557, 562, 564, 558). Кассируются также рѣшенія, гдѣ убытки на леченіе пострадавшаго отъ побоевъ присуждены въ размѣрѣ болѣе 3 р. Все это на основаніи ст. 102 общ. пол., которая предоставляетъ вол. судамъ подвергать обвиняемыхъ въ проступкахъ штрафамъ до 3 р. Но примѣненіе этой статьи въ данныхъ случаяхъ положительно неправильно. Положеніе предоставляетъ вол. судамъ руководствоваться сельскимъ судебнымъ уставомъ въ опредѣленіи наказаній за проступки, а уставъ этотъ опредѣляетъ слѣдующее. За обиду крестьянина виновный можетъ быть принужденъ къ платежу безчестья на основаніи гражданскихъ законовъ (ст. 516 уст. благоустр. каз. сел., т. XII, ч. 2). Денежное взысканіе (какъ наказаніе за уголовный поступокъ) опредѣляется независимо отъ вознагражденія вреда или убытка (ст. 423 ib.). Извѣстно также, что законъ нашъ различаетъ два вида репрессіи личной обиды: 1) гражданское взысканіе безчестья въ пользу обиженнаго и 2) уголовное наказаніе, которое можетъ тоже состоять въ денежномъ взысканіи, но не въ пользу обиженнаго (ст. 667 — 669 т. X ч. 1 и ст. 130 и 133 уст. о наказ., налаг. мир. суд.). Отъ этихъ двухъ видовъ денежнаго взысканія отличается еще третій: взысканіе убытковъ съ обиженнаго (ст. 670 т. X ч. 1). Сопоставляя эти законы съ указанными правилами сельскаго судебнаго устава видимъ, что законы, которыми вол. судъ долженъ руководствоваться при обсужденіи дѣлъ по оби-

дамъ, подобно общимъ законамъ, различаютъ между тремя видами денежнаго взысканія съ обидчика. Слѣдовательно, правило ст. 102 общ. пол. примѣнимо только къ тѣмъ случаямъ, когда вол. судъ присуждаетъ обидчика къ платежу штрафа въ видѣ уголовнаго наказанія (въ смыслѣ ст. 130 и 133 уст. о нак.), а не въ видѣ безчестья или убытка въ пользу обиженнаго. Присуждая въ послѣднихъ случаяхъ болѣе 3 р., вол. судъ нисколько не нарушаетъ ст. 102, вовсе не имѣвшей ихъ въ виду, но поступаетъ на точномъ основаніи ст. 423 и 516 сельск. суд. устава. Только юридическое невѣжество мироваго съѣзда или очевидное его стараніе ограничивать компетенцію вол. судовъ могло побудить его къ такому распространительному толкованію ст. 102.

3) За разборъ волост. судомъ дѣлъ о раздѣлахъ, подсудныхъ будто бы одному сельскому сходу, но не волост. суду (ib. 358, 359, 360, 361, 377). Мы изложили выше нашъ взглядъ на взаимное отношеніе п. 5 ст. 51 и ст. 96 общ. полож. и на основаніи сказаннаго прежде считаемъ неправильнымъ отмѣну рѣшеній волост. судовъ по этому поводу.

4) За разборъ дѣла о кражѣ со взломомъ на 60 р. (ib. 362). Ср. сказанное выше по такому же случаю.

5) За разборъ дѣлъ о неплатежѣ наемныхъ денегъ рабочимъ: хозяинъ и рабочіе принадлежали къ крестьянскому сословію, но мировой съѣздъ полагаетъ, будто дѣла этого рода неподсудны волост. суду (ib. 364). Нечего и доказывать нелѣпость этого взгляда.

6) За смѣшеніе при разборѣ гражданскаго дѣла съ уголовнымъ (ib. 370). Законъ однакожъ не даетъ никакого основанія требовать отъ волост. суда строгаго раздѣленія гражданскаго разбирательства отъ уголовнаго, что и понятно при его организаціи.

7) За то, что волост. судъ „отнесся къ дѣлу односторонне и не обратилъ вниманія (въ тяжбѣ о наслѣдствѣ) на положеніе сиротъ“ (ib. 371). Оригинальный кассаціонный поводъ.

8) За присужденіе съ обвиняемаго въ прижитіи ребенка въ пользу матери 50 р. (дано было обѣщаніе жениться, но не исполнено), ибо предметъ этотъ предусмотрѣнъ уголовнымъ закономъ (ib. 552). Характеръ обязанности къ содержанію незаконно прижитаго ребенка, какъ извѣстно, споренъ по нашему праву. Но мы думаемъ, что пока дѣло идетъ не о наказаніи обольстителя по ст. 1531 улож. о нак., а объ искѣ содержанія ребенка (по ст. 994

улож. о нак.), нѣтъ основанія изъять дѣла подобнаго рода между крестьянами изъ вѣдѣнія волост. судовъ, если отыскиваемое содержаніе не превышаетъ (какъ въ данномъ случаѣ) 100 р. Одно то обстоятельство, что извѣстное правоотношеніе предусмотрѣнно уголовнымъ закономъ, не изъемлетъ его изъ вѣдѣнія волост. суда, ибо всѣ подсудные ему проступки и преступленія предусмотрѣны въ уголовномъ законѣ.

9) За неуказаніе содержанія свидѣтельскихъ показаній (ib. 553). Мы говорили уже о незаконности подобныхъ требованій въ примѣненіи къ волости. суду.

10) За возвращеніе матери приданнаго имущества умершей ея дочери, которая оставила ребенка. Съѣздъ нашелъ, что рѣшеніе „совершенно противно существующимъ законамъ и даже здравому смыслу" и что дѣло это не подлежитъ (?) разбору волости. суда (ib. 354). Какъ видно, гг. посредники полагаютъ, что ихъ „здравый смыслъ" (далеко не всегда здравый, какъ видно изъ всего предыдущаго) имѣетъ больше значенія, чѣмъ положительный законъ, предоставляющій крестьянамъ руководится своими обычаями, не взирая на то, соотвѣтствуютъ ли эти обычаи „здравому смыслу" начальства.

11) За недопросъ указанныхъ свидѣтелей (ib. 557, 560, 561). Какъ извѣстно, спросъ свидѣтелей и въ общемъ порядкѣ зависитъ обыкновенно отъ усмотрѣнія суда, который можетъ и не допрашивать ихъ, если найдетъ это ненужнымъ. Тѣмъ менѣе это можно считать поводомъ кассаціи рѣшеній волост. суда.

12) За присужденіе убытковъ отъ отказа вступить въ бракъ. Съѣздъ находитъ, что „дѣло это, по свойству его, волост. суду неподлежащее" (?) и опредѣляетъ: подвергнуть судей взысканію за превышеніе власти! (ib. 557). Съ трудомъ вѣришь въ возможность подобнаго, яко бы легальнаго, произвола. Въ виду того, что обязанность вознагражденія убытковъ отъ неисполненія обѣщанія вступить въ бракъ признавалась и теперь признается и практикой общихъ судовъ (хотя кассаціонный сенатъ отвергаетъ ее, но не безусловно), что она составляетъ исконный русскій обычай и что волост. судъ нисколько не связанъ правилами X тома, а ст. 97 относитъ къ вѣдомству его всѣ ущербы, крестьянскому имуществу нанесенные, становится непонятнымъ, какъ съѣздъ могъ придти къ заключенію, будто подобныя дѣла не подлежатъ

волост. суду и даже штрафовать судей за вполнѣ правильное по формѣ и существу рѣшеніе?

13) За присужденіе вознагражденія свидѣтелямъ, безъ всякаго на то права (ib. 558). Какъ будто судъ долженъ имѣть особое право на то, чтобъ присудить вознагражденіе свидѣтелямъ, которое всегда и вездѣ признается справедливымъ и законнымъ. При условіяхъ крестьянскаго быта, гдѣ рабочее время такъ дорого цѣнится и составляетъ главное, нерѣдко единственное достояніе человѣка, вознагражденіе это въ особенности необходимо; отказывать въ немъ значило бы разорять свидѣтелей въ пользу сторонъ и отнять у нихъ всякое желаніе является въ волост. судъ. Если положеніе и не упоминаетъ объ этомъ, то изъ этого нисколько не слѣдуетъ, что волости. судъ не вправѣ его присуждать.

14) За присужденіе убытковъ въ пользу кредитора отъ неисполненія должникомъ состоявшагося въ пользу перваго рѣшенія, „ибо,—говоритъ съѣздъ,—по коренным законамъ (?) допускается одно взысканіе законныхъ процентовъ въ пользу кредитора“ (ib. 259). Не говоря уже о томъ, что гражданскіе законы почему-то называемые съѣздомъ „коренными“, вовсе необязательны для волост. суда, понятія съѣзда о началахъ гражданскаго права повидимому весьма смутны. Дѣйствительно, „кореннымъ“ закономъ, обязательнымъ не только въ силу положительнаго закона, но и по естественному праву, можно считать тотъ, по которому всякій обязанъ вознаградить вредъ или убытокъ, происшедшій для другаго лица отъ его дѣянія или упущенія (ст. 684 зак. гр.). Съ этимъ началомъ вполнѣ согласно рѣшеніе волост. суда и отмѣна его поэтому неправильна.

Наконецъ, мы встрѣчаемъ рядъ рѣшеній, въ которыхъ отмѣняются постановленія волост. судовъ по слѣдующимъ дѣламъ. (Мы не говоримъ уже о томъ, что самарскій мировой съѣздъ, напр., постоянно входитъ въ обсужденіе существа дѣлъ, вопреки закону 1866 г.).

1) За разсмотрѣніе дѣла о клеветѣ, состоявшей въ обвиненіи жалобщика въ растратѣ общественнаго хлѣба; ибо, говоритъ съѣздъ, сужденіе о подобныхъ растратахъ не подлежитъ вѣдѣнію волостнаго суда (VI, 327). Несообразность этого разсужденія очевидна. Подсудность клеветы не состоитъ ни въ какой связи съ подсудностью того противозаконнаго дѣянія, которое составляло

содержаніе клеветы. По логикѣ съѣзда выходитъ, что мировому судьѣ неподсудно дѣло о клеветѣ, состоящей въ обвиненія лица въ кражѣ свыше 300 р. и т. п.

2) За несобраніемъ достаточныхъ доказательствъ (ib. 33, 334, 337, 339). Мы имѣли уже случай говорить о законности подобныхъ поводовъ отмѣны рѣшеній волостныхъ судовъ.

3) За то, что волостн. судъ въ своемъ рѣшеніи „не вывелъ никакой законности своего разсужденія по заявленію старосты и пр.“—слѣдуютъ фразы, не имѣющія никакого смысла, которыхъ мы поэтому не приводимъ (ib. 321). Разбирать такое рѣшеніе довольно мудрено.

4) За то, что волостной судъ въ своемъ рѣшеніи „вообще не соблюдаетъ никакихъ законовъ установленныхъ формъ“—неизвѣстно какихъ (ib. 332).

5) За рѣшеніе спора о наслѣдствѣ несогласно съ имѣвшимся въ виду завѣщаніемъ. Ежели заявляется, разсуждаетъ съѣздъ, какой-либо фактъ къ соблюденію выгоды одной изъ сторонъ, то такому доказательству на извѣстныя права должно быть даваемо предпочтеніе предъ прочими доводами, служащими конечнымъ результатомъ ко взгляду на дѣло (ib. 332). Насколько можно догадаться изъ этой тирады съѣздъ полагаетъ, что завѣщаніе служитъ ближайшимъ и лучшимъ доказательствомъ права наслѣдованія, чѣмъ кровное родство, и поэтому, когда есть завѣщаніе, ему должно отдать преимущество предъ другими основаніями наслѣдственнаго права. Такой взглядъ невѣренъ какъ общее правило и съ точки зрѣнія нашихъ общихъ законовъ. Ст. же 38 общ. пол. исключаетъ возможность всѣхъ подобныхъ разсужденій примѣнительно къ волост. суду. Ибо если по обычаю (какъ увидимъ послѣ), право завѣщанія довольно ограничено сравнительно съ семейнымъ правомъ наслѣдованія, основаннымъ на понятіи общности семейнаго имущества, то у волост. суда нельзя отрицать права игнорировать завѣщаніе, несправедливое по обычнымъ воззрѣніямъ народа.

6) За разборъ спора между помѣщикомъ и крестьянами по найму рабочихъ. Съѣздъ находитъ, что теперь дѣла эти подсудны мировымъ судьямъ. Надо замѣтить, что самъ помѣщикъ обратился къ волостному суду (ib. 332). Противозаконность этого рѣшенія нѣтъ надобности доказывать.

7) За разборъ спора между супругами по обвиненію въ жесто-

комъ обращеніи и за опредѣленіе штрафа съ третьяго лица за передержательство жены, уклоняющейся отъ сожительства съ мужемъ, на что будто бы волостн. судъ не имѣлъ права (ib. 339), Мы уже указали прежде, почему считаемъ дѣла этого рода подлежащими разбору волостн. суда.

8) За разборъ дѣла о раздѣлѣ наслѣдства, что подлежитъ вѣдѣнію одного сельскаго схода (ib. 328). Мы уже говорили прежде о неправильности такого толкованія.

9) Мировой посредникъ полагаетъ, что волост. судъ не вправѣ разбирать дѣла о побояхъ, нанесенныхъ старшимъ работникомъ у помѣщика младшему работнику (за куреніе табаку въ помѣщичьей избѣ). По мнѣнію посредника, такой старшій работникъ, облеченный довѣріемъ помѣщика, нанося побои подчиненному ему крестьянину при охраненіи интересовъ помѣщика, есть своего рода лицо должностное и побои, значитъ, нанесены имъ при исправленіи обязанностей службы, вслѣдствіе чего такое дѣло неподсудно волост. суду. Съѣздъ соглашается съ этимъ мнѣніемъ и отмѣняетъ рѣшеніе волост. суда (ib. 658). Можно ли было бы повѣрить такой живучести крѣпостническихъ понятій въ средѣ благодѣтелей-посредниковъ, еслибъ подлинное дѣло не находилось предъ нашими глазами?

10) Губернское присутствіе кассируетъ рѣшеніе волост. суда за распространеніе на наслѣдниковъ обязанности отвѣчать за долги наслѣдователя (!). Съѣздъ кассировалъ то же рѣшеніе по слѣдующему основанію. Дѣло шло о взысканіи долга, первоначально состоявшаго въ суммѣ 111 р., но по которому уплачено было до предъявленія иска 56 р. Съѣздъ полагаетъ, что при такихъ условіяхъ дѣло неподсудно волост. суду, какъ вытекающее изъ долга свыше 100 р. (ib къ стр. 326, № 3). Вотъ какому юридическому контролю подвергаются рѣшенія волостн. судовъ! Право, читая подобныя „дѣлопроизводства“, невольно подумаешь, что волостные судьи были бы лучшими контролерами относительно мировыхъ съѣздовъ и губернскихъ присутствій, чѣмъ наоборотъ.

11) Хотя законъ нигдѣ не говоритъ, что жалобы на рѣшенія волостн. судовъ, подаваемыя въ съѣзды, должны быть представлены прямо въ съѣздъ, а по существу отношеній между органами сельскаго управленія гораздо естественнѣе и правильнѣе предполагать, что эти жалобы, поступаютъ въ съѣздъ чрезъ подлежащаго посредника, но мы видимъ, что иные посредники отказы-

ваются принимать жалобы для представленія въ съѣздъ, что можетъ имѣть только одну цѣль: затруднять крестьянамъ возможность жалобъ и облегчить трудъ посредниковъ (ib. № 5).

12) Другой посредникъ предлагаетъ съѣзду отмѣнить неправильное, по его мнѣнію, рѣшеніе волостн. суда, при чемъ прибавляетъ, что, какъ онъ убѣдился, рѣшенія волостн. судовъ большей частью недобросовѣстны (V, 554). При такомъ общемъ убѣжденіи, понятно, какого безпристрастія могутъ ожидать рѣшенія волостн. суда отъ надзирающаго посредника.

13) Извѣстно, что у крестьянъ личность цѣнится единственно какъ рабочая сила, что обусловливается экономическимъ состояніемъ сельскаго населенія и не можетъ быть устранено никакими гуманными судебными рѣшеніями, пока существующія бытовыя условія не измѣнятся къ лучшему. Волостной судъ естественно принимаетъ въ соображеніе это обстоятельство и тѣмъ подвергаетъ себя строгому порицанію посредниковъ. Напр., вдова отходитъ изъ дома свекра до истеченія 6 недѣль по смерти мужа. Волостной судъ присуждаетъ ее, за нарушеніе обычая, въ штрафу въ 5 р. Съѣздъ отмѣняетъ это рѣшеніе, какъ противорѣчащее здравому смыслу (I, 831). Станичный судъ такимъ же образомъ оштрафовалъ казака за передержательство сестры, ушедшей отъ свекра и не работавшей за него. Съѣздъ отмѣнилъ это „дикое" рѣшеніе [1]). Въ подобныхъ случаяхъ наши бюрократы-филантропы видятъ благодѣятельное вліяніе посреднической опеки, спасающей народъ отъ деспотизма волостныхъ судовъ. Но прежде всего, мы думаемъ, слѣдуетъ спросить: имѣлъ ли съѣздъ право постановлять такія рѣшенія? И такъ какъ вопросъ разрѣшается отрицательно закономъ 1866 г., то восхищаться незаконнымъ вторженіемъ начальства въ обычный бытъ крестьянства мы не видимъ никакихъ основаній, тѣмъ болѣе, что „дикое" въ глазахъ одного можетъ быть справедливымъ и разумнымъ въ глазахъ другаго. Впрочемъ, мы коснемся еще этого предмета послѣ.

14) Волостной судъ присудилъ имѣніе отдѣленнаго брата его женѣ. Мировой съѣздъ отмѣнилъ рѣшеніе по нарушенію ст. 1148 з. гр. (о выдачѣ вдовѣ указной части). Во второй разъ волостн. судъ присудилъ уже вдовѣ $^1/_4$, а брату умершаго $^3/_4$ его имуще-

---

[1]) „Суд. Вѣстн." 1873 г., № 247.

ства (VI, 486). Нечего и говорить, что такое рѣшеніе съѣзда не только противозаконно, но и по существу несправедливо.

Иногда мы видимъ, что губернское присутствіе репрессируетъ незаконный произволъ съѣздовъ относительно рѣшеній волостн. судовъ. Напр., екатеринославское губ. присутствіе отмѣняетъ рѣшеніе съѣзда за то, что онъ вошелъ въ разсмотрѣніе по существу рѣшенія волостн. суда (V, 549). Кіевское губ. прис. указываетъ на то, что посредникъ не имѣлъ права категорически указывать волостн. суду, въ какомъ смыслѣ слѣдуетъ рѣшить данное дѣло (ib. 356), ибо это лишаетъ волостн. судъ его самосостоятельности. Оно же отмѣнило установленный съѣздомъ порядокъ: не принимать жалобъ на рѣшенія волостныхъ судовъ безъ подтвержденія правильности жалобъ мѣстнымъ посредникомъ (ib. 357). Другое губ. присутствіе то же кассируетъ опредѣленіе съѣзда, разсматривавшаго рѣшеніе волостн. суда по существу (VI, 7), и другое опредѣленіе объ оштрафованіи волостн. судей за неправильное по существу рѣшеніе; за неправильное мнѣніе, полагаетъ губ. прис., нельзя наказывать, да и закона такого нѣтъ (ib. 8). Но такое умѣряющее направленіе дѣятельности съѣздовъ губ. присутствія даютъ въ сравнительно весьма немногихъ случаяхъ; вообще же они раздѣляютъ со съѣздами то отношеніе къ крестьянскому суду, которое достаточно характеризуется приведенными данными.

И не одни спеціально-крестьянскія учрежденія относятся такимъ образомъ къ волостн. суду. То полицейское управленіе хлопочетъ о томъ, чтобъ подвергнуть волостн. судей взысканію за принятіе къ разбору дѣла имъ неподсуднаго, причемъ оказывается однакожъ, что дѣло волостн. суду подсудно (V, 379). То кіевская палата уголовнаго суда испрашиваетъ распоряженія по губерніи о томъ, чтобъ волостн. суды отнюдь не принимали къ разбору дѣлъ, имъ неподсудныхъ (ib. 357). То мировые судьи вторгаются весьма энергически въ юрисдикцію волостн. судовъ. Такъ въ одномъ мѣстѣ съѣздъ мировыхъ посредниковъ передаетъ на разсмотрѣніе мировыхъ судей дѣла, подвѣдомыя волостн. суду (VI, 335). Въ другомъ мѣстѣ мировой судья разбираетъ дѣло по жалобѣ на старосту о раздѣлѣ имущества и находитъ, что нажитое всей семьей подъ руководствомъ матери принадлежитъ исключительно ей (вопреки всѣмъ извѣстному и весьма справедливому при условіяхъ крестьянскаго хозяйства обычаю), съ чѣмъ

соглашается и съѣздъ посредниковъ (I, 836). Въ третьемъ мѣстѣ волости. судъ разбираетъ споръ между супругами по нежеланію жены жить съ мужемъ (по неспособности его къ сожитію) и вслѣдствіе требованія мироваго судьи (опять-таки вопреки болѣе гуманному и разумному обычаю крестьянъ) предписываетъ имъ совмѣстную жизнь (IV, 340). Въ четвертомъ мировой судья поселился въ домѣ волостнаго правленія и съ тѣхъ поръ волости. судъ вовсе не дѣйствуетъ, а судья разбираетъ всѣ дѣла крестьянъ, причемъ даже дѣла наслѣдственныя рѣшаетъ не по обычаю, а по закону (V, 528). Въ этой мѣстности значитъ ст. 38 об. пол. болѣе не дѣйствуетъ. Можно себѣ представить, какое благодѣяніе для крестьянства заключается въ этомъ подчиненіи ихъ X тому, постановленія котораго о наслѣдствѣ такъ удивительно гармонируютъ съ потребностями и понятіями крестьянъ!

Въ своей собственной средѣ волости. судьи имѣютъ рѣшительнаго противника данной имъ закономъ компетенціи—это волостной писарь. Какъ представитель письменности на волост. судѣ и нерѣдко единственный грамотный человѣкъ въ немъ, онъ часто является противникомъ обычаевъ и ревнителемъ законности. Напр., въ одной волости обычаи вовсе не примѣняются, потому что писарь говоритъ: надо судить по закону (VI, 364). Въ другой писарь настаиваетъ на томъ, чтобъ волости. судъ, согласно предписанію губернскаго присутствія, не разбиралъ споровъ о раздѣлахъ, но волост. судъ все-таки принимаетъ ихъ къ разсмотрѣнію въ случаѣ жалобъ на постановленія сельскихъ сходовъ (V, 48). Несомнѣнно, подъ вліяніемъ писарей составляются тѣ рѣшенія волостныхъ судовъ (встрѣчаемыя въ немаломъ количествѣ въ трудахъ коммисіи), въ которыхъ дѣлаются ссылки на общіе гражданскіе и уголовные законы, крестьянамъ совершенно неизвѣстные.

Когда такимъ образомъ со всѣхъ сторонъ враждебные элементы безпрестанно посягаютъ на дарованную крестьянамъ положеніемъ 19 февраля автономію обычнаго суда, неудивительно слышать съ ихъ стороны жалобы и протесты противъ такого порядка вещей, столько же несправедливаго, сколько и противозаконнаго. Такъ, въ одной мѣстности крестьяне заявляютъ, что они не понимаютъ, отчего мировой съѣздъ отмѣняетъ правильныя и утверждаетъ неправильныя рѣшенія (IV, 266). Въ другомъ мы слышимъ, что никакіе обычаи относительно наслѣдованія женщинъ не могли установиться, ибо рѣшенія волостнаго суда,

основанныя на обычаѣ, всегда отмѣняются съѣздомъ, а постановленныя по закону утверждаются (III, 430). Въ третьемъ крестьяне заявляютъ слѣдующее: „очень имъ горько, что посредникъ заставляетъ, чтобы и дочки наслѣдовали, тогда какъ прежде онѣ получали только частицы имѣнія отъ милости братьевъ“ (VI, 590).

Протесты такого рода раздаются очень рѣдко, да они и были бы безполезны въ виду безпомощности крестьянъ противъ произвола посредниковъ. Несравненно чаще поэтому мы видимъ, что указанное направленіе контролирующихъ органовъ оказываетъ рѣшительное вліяніе на дѣятельность волостныхъ судовъ и взгляды начальства принимаются ими къ руководству и исполненію. Такъ мы слышимъ въ одномъ мѣстѣ, что волостной судъ старается примѣняться къ писанному закону, чтобъ не было жалобъ на его рѣшенія (V, 539). Раздѣлы во многихъ мѣстахъ производятся только сельскими сходами, согласно требованію начальства (I, 3, 12, 441, 624 и мн. др.). Мы упоминали выше о томъ, какъ одинъ съѣздъ кассировалъ рѣшеніе волостнаго суда за нарушеніе закона объ указной долѣ женщинъ. Впослѣдствіи тотъ же волостной судъ примѣнялъ уже законъ объ указной части въ однородныхъ случаяхъ (VI, 489). Да и другіе суды въ той мѣстности, безъ сомнѣнія подъ давленіемъ того же съѣзда, примѣняютъ ст. 1148 з. гр. (ib. 492). Тоже явленіе мы встрѣчаемъ въ другой мѣстности (II, 489), причемъ и здѣсь крестьяне, неимѣющіе никакого понятія о X томѣ, обязаны своимъ знакомствомъ со ст. 1148, по всей вѣроятности, вліянію съѣзда. Между тѣмъ, какъ справедливо замѣтилъ г. Калачевъ, нельзя примѣнять къ крестьянскому имуществу, безъ нарушенія справедливости и важныхъ хозяйственныхъ интересовъ, законъ о выдѣлѣ указной части вдовѣ [1]). Такимъ образомъ усилія посредниковъ привить къ крестьянскому быту ст. 1148 з. гр. не только нарушаютъ смыслъ ст. 38 об. пол., но и по существу своему несправедливы.

Напуганный вѣчными выговорами, кассаціями и даже штрафами за превышеніе власти, т.-е. за разборъ дѣлъ ему неподсудныхъ (по мнѣнію посредниковъ), волостной судъ нерѣдко, вопреки здравому смыслу и обычаямъ, отказывается иногда отъ разбора дѣлъ, вполнѣ подходящихъ подъ его компетенцію. Напр.,

---

[1]) Архивъ Калачева 1859 г., кн. 2, стр. 28.

въ одномъ случаѣ волостной судъ, на основаніи ст. 164 з. гр. (писарь, значитъ, былъ ученый), отказалъ въ принятіи жалобы снохи на свекра о побояхъ (II, 106), тогда какъ такія дѣла, столь обыденныя въ крестьянскомъ быту, постоянно и вездѣ разбираются волостнымъ судомъ. Въ другомъ однородномъ случаѣ волостной судъ примѣняетъ ст. 168 только потому, что жалоба сына на отца заведена у начальства (ib. 432). Далѣе, волостной судъ отказывается отъ разбора жалобы мужа на дурное поведеніе жены, такъ какъ дѣла о прелюбодѣяніи подсудны духовному суду—извѣстно, что дѣла эти подсудны духовному суду, только когда прелюбодѣяніе служитъ основаніемъ къ просьбѣ о разводѣ, а не о наказаніи виновнаго супруга—(ib. 18): обыкновенно же волостной судъ разбираетъ подобныя жалобы крестьянъ. Нѣтъ ничего обыкновеннѣе въ практикѣ волостныхъ судовъ, какъ споры супруговъ, между прочимъ и по побоямъ, нанесеннымъ мужемъ женѣ. Но въ одномъ дѣлѣ мы видимъ, что волостной судъ отказывается принимать къ разбору подобное дѣло, ибо жестокое обращеніе супруговъ предусмотрѣно уложеніемъ о наказаніяхъ (IV, 39). Подобный взглядъ, какъ мы видѣли прежде, высказанъ и однимъ съѣздомъ. Волостные судьи полагаютъ даже, что даже въ обыкновенномъ, вполнѣ имъ подсудномъ дѣлѣ, напр. обидѣ между крестьянами, стоитъ истцу заявить о желаніи его, чтобъ съ виновнымъ поступить по закону (по суд. уставамъ 1864 г.), и дѣло становится ему неподсуднымъ (IV, 121). Такъ силенъ у волостныхъ судей „страхъ идущаго вдали закона“, т.-е. опасеніе подвергнуться взысканію за превышеніе власти вторженіемъ въ юрисдикцію общихъ учрежденій. Страхъ этотъ вполнѣ понятенъ въ виду указанныхъ выше фактовъ, а также и того, что, напр., въ одной мѣстности рѣшенія 2-хъ волостныхъ судовъ подвергаются отмѣнѣ въ 1/2 общаго числа дѣлъ, поступающихъ изъ нихъ въ съѣздъ, тогда какъ рѣшенія 2-хъ другихъ волостныхъ судовъ почти никогда не отмѣняются (VI, 710). Понятно, что большинство судей стремится къ тому, чтобъ не гнѣвить начальство, не подвергаться штрафамъ и выговорамъ за неправильныя рѣшенія, для чего главнымъ средствомъ служитъ судъ по закону и возможно большее число отказовъ по неподсудности.

Какой слѣдуетъ сдѣлать окончательный выводъ изъ фактовъ выше сопоставленныхъ? Конечно тотъ, что вол. судъ поставленъ неясностью и неполнотой закона и враждебнымъ отношеніемъ

надзирающихъ органовъ въ самыя неблагопріятныя условія для своего развитія. Едвали выраженіе „враждебное отношеніе" можетъ показаться преувеличеннымъ или невѣрнымъ послѣ указанныхъ выше фактовъ. Въ оправданіе ряда противозаконныхъ опредѣленій и мѣръ, направленныхъ къ стѣсненію юрисдикціи волостныхъ судовъ, перечисленныхъ нами выше, можно указать прежде всего на два обстоятельства.

1) Неясность и неполнота положенія, естественно влекущія за собой возможность ошибокъ въ дѣлѣ новомъ и затруднительномъ во многихъ отношеніяхъ. 2) Составъ мировыхъ съѣздовъ и даже губернскихъ присутствій, въ которомъ преобладаютъ не юристы, а землевладѣльцы и чиновники, т.-е. люди, естественно легко впадающіе въ ошибки при толкованіи закона. Но если и нельзя отрицать вліянія этихъ двухъ моментовъ на практику учрежденій по крестьянскимъ дѣламъ, то объяснить ими одними всѣ невыгодныя особенности этой практики рѣшительно невозможно. Во-первыхъ, мы видимъ, что наиболѣе крупные недостатки этой практики обусловливаются не ошибками въ толкованіи закона или неясностью его, но явными нарушеніями буквальнаго смысла положенія. Убѣдиться въ этомъ весьма нетрудно, перечитывая приведенныя выше въ выпискахъ рѣшенія съѣздовъ и губернскихъ присутствій. Во вторыхъ, естественно рождается вопросъ: почему сомнѣнія, возникающія на практикѣ относительно объема и характера дѣятельности волостн. судовъ, разрѣшаются всегда и вездѣ въ одномъ извѣстномъ направленіи, тогда какъ безпристрастное логическое толкованіе можетъ одинаково допускать примѣненіе закона въ томъ или другомъ направленіи? Почему, напр., всѣ сомнѣнія, вытекающія изъ ст. 96 общ. пол. относительно объема юрисдикціи волостн. суда, разрѣшаются въ смыслѣ ограниченія этой юрисдикціи, а не наоборотъ? Почему такая же участь преслѣдуетъ всѣ вопросы о предѣлахъ примѣненія обычая въ противоположность писанному закону?

Третье оправданіе характера практики съѣздовъ заключается въ томъ что посредники преслѣдовали высокую задачу цивилизованія крестьянства, эманципаціи его изъ деспотизма несправедливыхъ обычаевъ и произвола волостн. судей; имѣя въ виду такую задачу, посредники не могли и не должны были стѣсняться буквой закона, ограничившаго извѣстными предѣлами ихъ благодѣтельную опеку надъ крестьянскимъ самоуправленіемъ. Но такое раз-

сужденіе, которое весьма нерѣдко слышится у насъ, вдвойнѣ ложно. Невѣрно то, будто какое-либо должностное лицо можетъ систематически ставить себя выше закона и тѣмъ благодѣтельствовать кому-либо. Произволъ посредниковъ, хотя бы они всегда и по всемъ одушевляемы были искреннимъ желаніемъ добра крестьянскому населенію, не могъ принести имъ и сотой доли пользы сравнительно съ легальнымъ уваженіемъ къ органамъ крестьянскаго самоуправленія, уваженіемъ, которое одно въ состояніи упрочить дѣятельность этихъ органовъ на общую пользу. Во-вторыхъ, фактически невѣрно и то, будто дѣятельностью посредниковъ и съѣздовъ руководило обыкновенно или даже большей частью это желаніе вносить цивилизующіе элементы въ крестьянскій бытъ. Въ репрессивной ихъ дѣятельности относительно волостныхъ судовъ главную роль играетъ, какъ мы видѣли, стремленіе ограничить ихъ подсудность и подчинить ихъ писанному закону: то и другое никто не станетъ считать благодѣяніемъ для крестьянскаго населенія. Но даже и тамъ, гдѣ цивилизаторская тенденція играетъ роль въ опекѣ посредниковъ (напр. въ стремленіи противодѣйствовать обычаямъ о наслѣдованіи женщинъ), она, во-первыхъ не имѣетъ первенствующаго значенія, а, во вторыхъ, благотворные ея результаты весьма сомнительны. Первое доказывается, напр., отмѣной такого рѣшенія, въ которомъ вдовѣ отдѣленнаго брата присуждается все его имущество. Тутъ не только положительный законъ (ст. 38 общ. пол.), но и естественная справедливость на сторонѣ рѣшенія волостнаго суда, когда слышишь заявленіе крестьянъ, что имъ „очень горько" подчиняться либеральнымъ тенденціямъ посредниковъ.

Но если упомянутыя соображенія не могутъ объяснить намъ своеобразнаго характера отношеній контролирующихъ органовъ къ волостному суду, то гдѣ слѣдуетъ искать жизненный нервъ этихъ отношеній, то основное начало, которымъ объясняется одностороннее направленіе кассаціонной (якобы) практики мировыхъ съѣздовъ и губернскихъ присутствій? Нельзя видѣть эту causa efficiens сопоставленныхъ выше рѣшеній и въ личномъ интересѣ судей, какъ это было, напр., въ старыхъ общихъ судахъ, гдѣ отсутствіе элементарнаго безпристрастія такъ затрудняло установленіе единообразной практики и какихъ-нибудь общихъ началъ usus forensis. По всему, что намъ извѣстно о дѣятельности учрежденій по крестьянскимъ дѣламъ, не подлежитъ сомнѣнію, что о

пристрастіи въ грубомъ видѣ здѣсь не можетъ быть и рѣчи (что естественно уже вслѣдствіе незначительности крестьянскихъ дѣлъ сравнительно съ общественнымъ и имущественнымъ положеніемъ личнаго состава этихъ учрежденій), но за то мы имѣемъ тутъ дѣло съ пристрастіемъ другаго рода, быть можетъ болѣе опаснымъ по своимъ практическимъ результатамъ. Извѣстно, что крестьянская реформа въ практическомъ своемъ осуществленіи во многомъ отстала отъ первоначальнаго замысла и направленія, вслѣдствіе противодѣйствія враждебныхъ элементовъ крѣпостнаго общественнаго строя и необходимости дѣлать болѣе или менѣе крупныя уступки этимъ элементамъ. Эта общая судьба крестьянскаго дѣла отразилась и на той его части, которая относится къ крестьянскому суду. Положеніе относительно кр. суда преслѣдовало двѣ задачи: 1) по возможности уменьшить число случаевъ, когда крестьянинъ обязанъ искать суда и расправы въ казенныхъ присутственныхъ мѣстахъ, и 2) по возможности освободить крестьянскій судъ, въ предѣлахъ его компетентности, отъ чуждыхъ и неизвѣстныхъ ему общихъ законовъ, расширивъ значеніе и силу народныхъ обычаевъ. Въ практикѣ же исполнителей положенія мы видимъ двѣ тенденціи, какъ разъ противоположныя: 1) увеличивать число случаевъ, когда крестьянинъ обязанъ обращаться къ общему суду, и 2) подчинить по возможности и народный судъ писанному закону, всячески стѣсняя примѣненіе обычая. Почему это такъ вышло? Да потому, что надзоръ за народнымъ судомъ былъ порученъ людямъ, которымъ всякое проявленіе народной автономіи въ дѣлѣ суда и самоуправленія кололо глаза, какъ нарушеніе ихъ вѣковыхъ правъ и какъ ничѣмъ неоправдываемая (по ихъ мнѣнію) привилегія крестьянства. Сравнительно немногія личности могли отрѣшиться отъ традицій крѣпостнаго права и бюрократизма и усвоить себѣ правильный взглядъ на роль народнаго суда. Огромное большинство не могло переварить столь новой мысли, будто мужики на своемъ судѣ могутъ безнаказанно игнорировать обязательные для всѣхъ другихъ законы, постановлять *окончательныя* рѣшенія, въ нѣкоторыхъ случаяхъ даже по дѣламъ лицъ другихъ сословій, въ томъ числѣ (horribile dictu!) самихъ помѣщиковъ. Большинство серьёзно думало служить дѣлу справедливости и законности, даже интересамъ самихъ крестьянъ, противодѣйствуя этой власти волостнаго суда. Отсюда это безпрестанное изъятіе изъ вѣдѣнія волостныхъ судовъ то той, то другой категоріи

дѣлъ; это ревнивое охраненіе лицъ другихъ сословій (вопреки ихъ собственной волѣ) отъ юрисдикціи волостнаго суда, это ожесточенное преслѣдованіе обычаевъ, какъ „противорѣчащихъ здравому смыслу", это дѣятельное навязываніе волостному суду статей X тома и судебныхъ уставовъ. Какъ живучи при этомъ оказались традиціи крѣпостнаго права, видно, напр., изъ того дѣла, гдѣ волостному суду признается неподсуднымъ споръ помѣщика съ рабочими по иску самаго помѣщика въ волостномъ судѣ, или изъ дѣла о служебномъ характерѣ „старшаго работника" у помѣщика (блаженной памяти „бурмистра" [1]). Но главную роль, по нашему мнѣнію, играло тутъ не отжившее крѣпостное право, но столь могучее у насъ до сихъ поръ бюрократическое начало. Какъ бы справедливы ни были сами по себѣ рѣшенія волостныхъ судовъ, безформенность ихъ процедуры и игнорированіе писанныхъ законовъ приводятъ въ добродѣтельный ужасъ нашихъ бюрократовъ (имя же имъ легіонъ), для которыхъ якорь спасенія заключается единственно и безусловно въ соблюденіи предписанныхъ формъ и правилъ (in legibus salus). Разбирать по существу правильность этого воззрѣнія не мѣсто здѣсь, гдѣ рѣчь идетъ пока о выясненіи главныхъ условій дѣятельности волостнаго суда до настоящаго времени. Какъ мало благопріятнаго заключалось въ этихъ условіяхъ для дѣятельности народнаго суда, представляется теперь довольно яснымъ.

II.

Перейдемъ къ другой части нашей задачи — характеристикѣ и оцѣнкѣ нашего обычнаго права, какъ матеріальнаго содержанія дѣятельности народнаго суда. Существуетъ ли дѣйствительно какая-то особая система обычнаго права или она сводится на обыкновенія въ родѣ магарыча (какъ утверждаютъ иные); отличается ли она настолько отъ писаннаго закона, что возможно и желательно сохраненіе особыхъ судовъ по обычаю; заслуживаютъ ли народные обычаи покровительства со стороны закона или, наоборотъ, необходимо преслѣдовать и искоренять ихъ какъ источникъ всякаго рода безобразій (какъ тоже утверждаютъ многіе)—все это вопросы первостепенной важности въ дѣлѣ народнаго суда, и по-

[1]) А. П-ръ, истор. обзоръ права и пр. Юрид. Журн. Салманова 1861 г., кн. 5, стр. 138.

слѣдующее изложеніе имѣетъ своею цѣлью содѣйствовать разрѣшенію ихъ сопоставленіемъ нѣкоторыхъ фактовъ и соображеній по этому предмету.

Остановимся прежде всего на самомъ содержаніи обычаевъ преимущественно по гражданскому праву, гдѣ они наиболѣе многочисленны, и изложимъ собранныя по этому предмету данныя въ системѣ свода, причемъ мы будемъ по возможности сравнивать нормы русскаго обычнаго права съ постановленіями нашего оффиціальнаго права и данными судебной практики съ одной стороны, а съ другой стороны—съ обычнымъ и писаннымъ правомъ другихъ народовъ. Только путемъ такихъ сравнительныхъ изслѣдованій возможно усвоить себѣ правильное воззрѣніе на достоинства и недостатки обычнаго нашего права какъ цѣлой системы правоваго быта. Нетрудно вырвать одинъ или другой обычай и обсуживая его съ точки зрѣнія понятій высшихъ сословій, доказать его мнимую несостоятельность или вредность. Но только широкое сравнительно-историческое изученіе обычнаго права въ связи съ правильнымъ пониманіемъ экономическихъ и соціальныхъ условій современнаго народнаго быта можно разсматривать какъ серьёзный шагъ къ разрѣшенію вопроса о народномъ судѣ, какъ онъ поставленъ теперь у насъ. Мы не претендуемъ на дѣйствительное исполненіе этой задачи, столь трудной и по обширности предмета и по недостатку матеріаловъ, по отсутствію подготовительныхъ, облегчающихъ работъ въ нашей литературѣ; но какъ попытка болѣе серьёзнаго отношенія къ предмету малоизслѣдованному и столь важному послѣдующее изложеніе можетъ принести свою долю пользы.

Если, придерживаясь въ главномъ системы свода, мы остановимся на данныхъ обычнаго права, относящихся къ семейному и наслѣдственному быту, то замѣтимъ существенную особенность слѣдующаго рода: тогда какъ въ правѣ оффиціальномъ, писанномъ для высшихъ сословій, преобладающее значеніе имѣютъ правоотношенія личной собственности и договора, а семейный бытъ и регулирующія его нормы отступаютъ на задній планъ, въ народномъ обычномъ правѣ главное значеніе имѣютъ наоборотъ правоотношенія не только наслѣдственныя, но и семейственныя въ тѣсномъ смыслѣ. Это явленіе не есть нѣчто исключительно свойственное русскому обычному праву. Мы видимъ, напр., и у индусовъ (которыхъ правовой бытъ, какъ извѣстно, представляетъ су-

щественное сходство съ русскимъ и по организаціи общиннаго землевладѣнія), что ихъ древній кодексъ (законы Ману), кодифицируя обычаи, обратилъ особенное вниманіе на отношенія семейныя и гораздо менѣе на другіе отдѣлы гражданскаго быта [1]). Причина этого очевидно лежитъ здѣсь и тамъ въ бѣдности народной массы, отсутствіи личной собственности, неразвитости имущественнаго оборота: при такихъ условіяхъ вещное и обязательственное права не могутъ достигнуть значительнаго развитія, а слѣдовательно семейныя правоотношенія получаютъ первенствующее значеніе.

Самое замѣчательное явленіе въ этой области обычнаго права безспорно заключается въ существенномъ различіи между оффиціальнымъ, каноническимъ, и народнымъ воззрѣніемъ на бракъ. Это различіе не составляетъ чего-нибудь исключительно свойственнаго нашему быту: оно имѣло существенное вліяніе на ходъ развитія брачнаго права у всѣхъ европейскихъ народовъ. Такъ мы видимъ многовѣковую борьбу народныхъ понятій съ церковными требованіями относительно условій дѣйствительности браковъ и формы ихъ совершенія на западѣ. Съ точки зрѣнія церкви конкубинатъ, освященный тайнымъ церковнымъ вѣнчаніемъ, производитъ законный бракъ; по понятіямъ же европейскихъ народовъ существенно необходимо для брака участіе родителей и оглашеніе его предъ обществомъ. Государственная власть долго боролась съ церковью, пока тридентскій соборъ призналъ необходимость совершеніе браковъ лишь мѣстными священниками (какъ мѣра противъ тайныхъ браковъ), но и теперь въ странахъ ультра-католическихъ (напр. въ Испаніи) тайные браки весьма обыкновенны и церковь вообще относится къ нимъ благосклонно, ибо, по ея мысли, таинство вѣнчанія настолько сильно, что рядомъ съ нимъ бракъ ненуждается въ другихъ гарантіяхъ своей правильности [2]). По обычнымъ воззрѣніямъ нѣмецкаго народа дѣйствительное совершеніе брака состоитъ не въ обрученіи или вѣнчаніи, но въ фактическомъ сожитіи супруговъ [3]). У насъ исторія сводныхъ, раскольничьихъ браковъ доказываетъ всю живучесть народнаго возрѣнія на бракъ какъ на институтъ права гражданскаго, въ которомъ главную роль играютъ чисто-гражданскіе моменты: взаимнаго согласія, ро-

[1]) А. П-ръ, Истор. обзоръ права и пр. Юрид. Журн. Салманова 1861 г., кн. 5, стр. 138.

[2]) Прудонъ. De la justice, t. IV (Oeuvres complets, t. XXIV), p. 77, 94.

[3]) Graf. u. Dietherr, Deutsche Rechtssprüchwörter S. 157.

дительскаго благословенія и оглашенія предъ «міромъ». Когда по разнымъ причинамъ масса раскольниковъ должна была отстать отъ оффиціальнаго брачнаго права и выработать свое собственное ученіе по этому предмету, она построила свой семейный бытъ именно на этихъ народныхъ началахъ, о чемъ распространяться здѣсь считаю неумѣстнымъ [1]). Сводные браки, какъ извѣстно, существуютъ нерѣдко не только у раскольниковъ но и православныхъ, причемъ недостатокъ церковнаго вѣнчанія нисколько не мѣшаетъ народу видѣть въ нихъ дѣйствительные, законные браки [2]). Далѣе у крестьянъ бракъ разсматривается не какъ личное дѣло участвующихъ лицъ, а какъ общественное дѣло. Свадебный пиръ, который дается для всего міра, такъ что въ немъ могутъ участвовать и званый и незваный, есть моментъ окончательнаго заключенія брака, и лишь послѣ него допускается сожитіе молодыхъ [3]). Въ противность церковному ученію о непринужденномъ согласіи брачущихся, народъ видитъ въ родительской власти главное основаніе заключенія брака. Допускается даже вмѣшательство міра въ устройство браковъ. Такъ, напр., если имѣются два жениха и одинъ не хочетъ уступить другому спорной невѣсты, то иногда составляется сельскій сходъ и онъ рѣшаетъ, за кого должна выдти дѣвка [4]). Эти и многіе другіе факты, съ которыми мы отчасти познакомимся ниже, доказываютъ, что дѣйствительно существуетъ цѣлая бездна между духомъ нашего законодательства и народными возрѣніями на бракъ. Г. N. напрасно отвергаетъ этотъ тезисъ, утверждая, будто различіе между обычнымъ правомъ и оффиціальнымъ ограничивается одними предбрачными условіями (причемъ онъ смѣшиваетъ самый договоръ о вступленіи въ бракъ съ имущественными условіями по случаю брака), но такъ, что и нашъ законъ допускаетъ предбрачные договоры (въ смыслѣ Ehepacten) подобно обычаю [5]). Изъ сказаннаго выше видно, что различіе относится къ самой сущности брака и условій его совершенія, такъ что никакая интерпретація дѣствующаго закона не приведетъ его въ согласность съ народными обыч-

[1]) См. извѣстные труды о. Нильскаго и статью г. Вишнякова „Бракоборцы и Новомены“ въ Невскомъ Сборникѣ, т. I. (1867 г.

[2]) См. Архивъ Калачева 1860—61 гг., I ст. г. Муллова.

[3]) Г-жа Ефименко въ Знаніи, 1874 г. кн. I, стр. 32—34.

[4]) Ефименко, Сбрн. народн. юрид. обыч. арханг. губ. стр. 40.

[5]) Петерб. Вѣд. 1874 г. № 132.

ными воззрѣніями. Остановимся на нѣкоторыхъ характеристичныхъ народныхъ обычаяхъ по отношенію къ браку и на отношеніи къ нимъ волостнаго суда.

Мы упоминали о народномъ воззрѣніи о преобладающей роли родителей, а не самихъ брачущихся въ устройствѣ браковъ. Воззрѣніе это свойственно всѣмъ народамъ и обществамъ на извѣстной ступени развитія. Такъ, по законодательству индусовъ браки въ нормальномъ порядкѣ заключаются родителями безъ участія брачущихся. Браки по взаимному согласію порицаются законами Ману, такъ какъ въ нихъ усматривается чувственное влеченіе и необдуманность [1]). Замѣчательно, что этотъ взглядъ сохранился до сихъ поръ у наиболѣе консервативныхъ элементовъ европейскаго общества: земледѣльческаго и землевладѣльческаго. Не только крестьяне, но и поземельная аристократія до сихъ поръ считаетъ неприличнымъ и заслуживающимъ порицанія бракъ по взаимному влеченію, а не по разсчету. У насъ въ историческомъ развитіи брака, по справедливому указанію г. Кавелина, за похищеніемъ и покупкой невѣстъ явилась третья болѣе совершенная форма брака: двусторонній договоръ двухъ семей (а не самихъ брачущихся) объ устройствѣ брака [2]). Эта форма до сихъ поръ есть господствующая въ народномъ быту, а четвертая (бракъ по непринужденному согласію самихъ брачущихся) еще только зарождается. Вредныя послѣдствія этой системы извѣстны. Многочисленныя семейныя преступленія коренятся главнымъ образомъ въ этой формѣ заключенія браковъ. Самоубійства въ простомъ народѣ, какъ замѣчено, совершаютъ преимущественно женщины, отданныя замужъ противъ ихъ воли [3]), На волостномъ судѣ жена при спорахъ съ мужемъ иногда прямо заявляетъ, что она вышла замужъ по волѣ родителя, а потому мужа не любитъ, въ чемъ и заключается основаніе споровъ (III, 372). Какъ же относится волостной судъ къ этой темной сторонѣ народной жизни? Мы имѣемъ мало данныхъ по этому предмету, но изъ нихъ можно заключить, что волостной судъ понимаетъ недостатки существующаго обычая и старается, насколько можетъ, имъ противодѣйствовать. Такъ мы видимъ, что онъ не подвергаетъ наказанію дѣтей, вступившихъ въ бракъ безъ воли родителей (III, 85), и, что̀ гораздо важнѣе, штрафуетъ родите-

[1]) А. П—ръ, ib кн. 5 стр. 138, 139.

[2]) Сочиненія К. Кавелина, т. IV. стр. 156 и сл.

[3]) Ефименко, Сборн. нар. юр. обыч. арханг. губ., стр. 221.

лей за сосватаніе дѣтей до возраста, т. е. за желаніе устраивать бракъ дѣтей не спрашивая ихъ согласія (VI, 381). Далѣе, мы видимъ, что, признавая обязательность договоровъ о будущемъ вступленіи въ бракъ, волостной судъ признаетъ однакожъ во многихъ рѣшеніяхъ, что несогласіе дѣтей исполнить обѣщаніе, данное ихъ родителями, освобождаетъ отъ обязанности исполненія договора родителей. Все это показываетъ, что въ сознаніе народа все болѣе проникаетъ мысль о необходимости добровольнаго согласія самихъ брачущихся и что волостной судъ является въ этомъ отношеніи проводникомъ новѣйшаго болѣе справедливаго воззрѣнія на брачныя отношенія.

Замѣтимъ кстати, что законъ нашъ, игнорируя преобладающую въ дѣйствительности форму брака, не принимаетъ никакихъ мѣръ къ предупрежденію вредныхъ ея результатовъ. Такъ, по вѣрному замѣчанію г. Муллова, именно у насъ, гдѣ преобладаютъ браки по принужденію, неровные по возрасту браки особенно вредны, ибо въ этихъ бракахъ преимущественно играетъ роль принужденіе родителей (относительно молодыхъ женщинъ, выдаваемыхъ за стариковъ) [1]). Мы можемъ дополнить это замѣчаніе слѣдующимъ характернымъ фактомъ.

По старинному церковному праву у насъ дѣйствительно запрещались браки при значительномъ неравенствѣ лѣтъ жениха и невѣсты, и запрещеніе это отчасти удержалось до позднѣйшаго времени, какъ мы указали въ другомъ мѣстѣ, но оно не получило надлежащаго развитія въ дѣйствующемъ правѣ вслѣдствіе того что усвоивая вполнѣ каноническое ученіе о бракѣ, законодательство наше обращало исключительное вниманіе при этомъ на формальную, государственно-административную сторону этого ученія давъ заглохнуть, какъ неважнымъ въ его глазахъ, тѣмъ элементамъ каноническаго права, которые охраняютъ интересы однихъ гражданъ и основаны на требованіяхъ естественной справедливости.

Извѣстно, что похищеніе невѣстъ нѣкогда составляло преобладающую форму заключенія браковъ у насъ, какъ и у другихъ народовъ. Слѣды этого обычая сохранились весьма живо во многихъ мѣстностяхъ до сихъ поръ. Независимо отъ тѣхъ фактовъ по этому предмету, которые извѣстны были уже прежде и указаны въ упомянутомъ трудѣ г. Кавелина, мы находимъ въ трудахъ коммисіи указаніе на слѣдующій обычай. Считается большимъ

[1]) Архивъ Калачева за 1860 г., кн. 3. стр. 39.

срамомъ, если женихъ увидитъ невѣсту до свадьбы (VI, 457). Извѣстно, что подобный обычай, идущей со временъ тайнаго или насильственнаго увоза невѣстъ изъ чужихъ племенъ, существуетъ у многихъ дикихъ и полудикихъ племенъ.

Въ древнія времена у многихъ народовъ существовала такъ называемая эндогамія, т.-е. обычай вступать въ бракъ лишь съ лицами, принадлежащими къ тому же племени или общинѣ. Еще въ средніе вѣка во многихъ городахъ существовали законы, направленные къ тому, чтобъ затруднять молодымъ людямъ вступленіе въ бракъ съ женщинами изъ другихъ мѣстностей [1]). Отсюда, а также вслѣдствіе обычая похищенія невѣстъ, установилось въ народномъ быту нѣкотораго рода враждебное отношеніе къ женихамъ изъ другой общины. На это указываетъ, напр., слѣдующее По обычаю, кто ходитъ въ другое село гулять съ дѣвками, долженъ ставить вино мѣстнымъ парубкамъ, чтобъ задобрить ихъ и получить разрѣшеніе гулять съ ними (V, 460). Замѣчательно, что совершенно такой же обычай существуетъ до сихъ поръ въ горной Баваріи, гдѣ сохранились, какъ извѣстно, старинные нравы германцевъ. Когда молодой человѣкъ идетъ въ другую деревню на свиданіе со своей невѣстой, то мѣстные парубки колотятъ его и потомъ только допускаютъ до свиданія [2]). Въ самарской губерніи у государственныхъ крестьянъ (переселенцевъ изъ курской губерніи), сохранившихъ много старинныхъ обычаевъ, принято между прочимъ за правило вступать въ бракъ только между собой, а не съ лицами другихъ состояній или даже селеній [3]). Существуетъ также въ нѣкоторыхъ мѣстахъ обычай, что всѣ парубки имѣютъ право гулять со всѣми дѣвушками на селѣ (V, 504). Обычай этотъ, очевидно, ведетъ свое начало со временъ такъ называемаго гетаризма или коммунальнаго брака, когда всѣ женщины общины считались ея собственностью. Для насъ здѣсь особенно важно отношеніе волостнаго суда къ этимъ обычаямъ, отношеніе преимущественно отрицательное. Когда дѣлаются попытки насильственнаго проведенія такихъ обычаевъ, какъ обязанность чужаго жениха угощать водкой или обязанность каждаго домохозяина отпускать молодыхъ дѣвушекъ вечеромъ на гулянье съ парубками, волостной судъ видитъ въ этихъ дѣяні-

[1]) Графъ и Дитгеръ, стр. 149.

[2]) См. разсказъ Германа Шмида: Die Gasselbuben.

[3]) См. „Голосъ“ 1874 г. № 258.

яхъ, хотя и основанныхъ на старинныхъ обычаяхъ, незаконное насиліе и подвергаетъ виновныхъ взысканію (какъ это было въ указанныхъ двухъ примѣрахъ). Волостной судъ понимаетъ, очевидно, архаичность этихъ обычаевъ и потому исходитъ изъ того правильнаго воззрѣнія, что подчиняться имъ никто не можетъ быть принуждаемъ силой, если самъ не желаетъ соблюдать старинныя обыкновенія. Извѣстно, что волостной судъ, согласно общераспространенному народному обычаю, признаетъ обязанность вознагражденія за убытки, происшедшіе отъ неисполненія обѣщанія вступить въ бракъ. Прежде мы имѣли объ этомъ предметѣ отрывочныя, единичныя свѣдѣнія [1]; но съ изданіемъ трудовъ коммисіи наши свѣдѣнія относительно этого вопроса довольно богаты и разнообразны. Что самый принципъ практики волостныхъ судовъ здѣсь болѣе справедливъ и юридически правиленъ даже съ точки зрѣнія нашего права, чѣмъ взглядъ новой судебной практики, мы доказали уже въ другихъ мѣстахъ и потому не будемъ останавливаться на этой сторонѣ предмета, а ограничимся нѣкоторыми замѣчаніями, изъ которыхъ видно будетъ, что не только въ основномъ началѣ, но въ примѣненіи его къ частностямъ волостной судъ обнаруживаетъ весьма вѣрный юридическій тактъ, какимъ рѣдко могутъ похвалиться наши общіе суды. Если сторона жениха обманула родителей невѣсты насчетъ его состоянія, то при отказѣ ему невѣстой онъ получаетъ весьма мало вознагражденія за убытки (V, 464), ибо обманомъ женихъ далъ нѣкоторый поводъ къ отказу.

Если невѣста была сговорена отцомъ безъ ея вѣдома и она потомъ отказываетъ жениху, то послѣдній не получаетъ „безчестья" (V, 484), ибо нѣтъ для него оскорбленія въ ея поступкѣ, да и до согласія ея онъ не могъ считать договоръ окончательно состоявшимся.

Если бракъ не состоялся по независящей отъ обѣихъ сторонъ причинѣ (напр. по отказу священника совершать вѣнчаніе вслѣдствіе близкаго родства), вознагражденія убытковъ не полагается (VI, 288).

При разборѣ такихъ дѣлъ волостной судъ всегда принимаетъ въ соображеніе какъ увеличивающія, такъ и уменьшающія вину (отказывающагося отъ брака) обстоятельства. Подарки при несо-

---

[1]) См. рѣшенія, сообщенныя въ №№ 16 и 20 газ. „День" за 1862 г.

стоявшемся бракѣ возвращаются взаимно, но убытки несетъ одна виновная сторона. Вообще принимается за правило, что нарушившій договоръ платитъ убытки, даже если имѣлъ основательныя причины къ отказу, но иногда (см. выше) дѣлается отступленіе въ пользу болѣе справедливаго воззрѣнія, что лишь неосновательный отказъ влечетъ за собою отвѣтственность. Отъ убытковъ слѣдуетъ различать (какъ это дѣлаетъ и прусское право) искъ о безчестьи, объ оскорбленіи, нанесенномъ другой сторонѣ отказомъ отъ брака. Если искъ этотъ предъявляется со стороны невѣсты (что бываетъ рѣдко), то онъ всегда уважается волостнымъ судомъ, ибо женщина больше страдаетъ отъ несостоявшагося брака, чѣмъ мужчина. Но если жалуется на безчестье женихъ, то малороссійскіе суды болѣе склонны присуждать безчестье или штрафъ, чѣмъ великорусскіе (что объясняется большимъ развитіемъ уваженія къ личности у малоруссовъ [1]).

Кромѣ собственно иска объ убыткахъ, волостной судъ допускаетъ имущественную отвѣтственность за отказъ отъ брака еще въ другихъ видахъ. Напр., въ одномъ дѣлѣ женихъ далъ сторонѣ невѣсты задатокъ въ 30 руб. и, когда ему было потомъ отказано, волостной судъ присудилъ въ его пользу двойной задатокъ (III, 17). Въ другомъ дѣлѣ волостной судъ присудилъ условленную неустойку за отказъ отъ брака (II, 190), ставъ такимъ образомъ на точку зрѣнія до-петровскаго права.

Справедливо, что строгое имущественное взысканіе съ отказывающихся отъ брака приводитъ къ недобровольнымъ бракамъ когда, боясь имущественной отвѣтственности, виновный въ отказѣ предпочитаетъ вступить въ бракъ противъ своей воли. Изъ рѣшеній, напечатанныхъ въ трудахъ коммисіи, нельзя видѣть, въ какой мѣрѣ присужденіе убытковъ, безчестья и пр. вліяетъ на свободу вступающихъ въ бракъ; но изъ другихъ источниковъ извѣстно, что вліяніе это несомнѣнно существуетъ. Такъ въ одномъ случаѣ женихъ, отказавшійся отъ брака, вслѣдствіе рѣшенія волостнаго суда о платежѣ убытковъ и штрафа въ 2 руб., предпочелъ жениться, нежели подвергнуться взысканію по этому рѣшенію [2]). Но во-первыхъ, и нашъ общій законъ въ случаѣ обольщенія обѣщаніемъ жениться ставитъ виновному такую дилемму: или

---

[1]) А. Ефименко (Знаніе 1874 г., кн. 1), стр. 21 и сл.

[2]) См. День 1862 г. № 16.

женись или иди въ смирительный домъ (ст. 1531 улож. о нак.). Во-вторыхъ, опытъ Англіи, Америки и Пруссіи доказываетъ, что строгое отношеніе суда въ обманнымъ обѣщаніямъ брака нисколько не дѣйствуетъ вредно на состояніе семейнаго быта, а наоборотъ должно считаться благодѣтельнымъ для народной нравственности.

Кстати объ обольщеніи и незаконномъ сожитіи. Нашъ законъ и судебная практика относятся до несправедливости строго къ искамъ потерпѣвшихъ женщинъ на основаніи ст. 994 и 1531 улож. о нак. Выраженіе „торжественное обѣщаніе" брака въ послѣдней статьѣ, напр., толкуется строго ограничительно, вслѣдствіе чего весьма рѣдко оказывается на лицо составъ преступленія, предусмотрѣннаго ст. 1531. Волостной судъ относится къ искамъ такого рода болѣе гуманно и болѣе сообразно началамъ права, принятымъ въ западной Европѣ. Обольститель, отказывающійся отъ брака, наказывается розгами и платитъ безчестье (V, 513). Но въ то время какъ общій законъ даетъ возможность только уголовнаго наказанія въ случаѣ обольщенія, волостной судъ, сообразно свойству семейственныхъ проступковъ, допускающихъ болѣе или менѣе серьезныя смягчающія вину обстоятельства, довольствуется иногда опредѣленіемъ денежнаго взысканія съ обольстителя; именно въ полтавской губерніи господствуетъ обычай, что обольститель долженъ или жениться или заплатить обиженной до 100 руб. безчестья (IV, 650). Въ одномъ дѣлѣ волостной судъ мотивировалъ свое рѣшеніе о взысканіи безчестья съ обольстителя тѣмъ, что „женщину въ молодыхъ лѣтахъ ея обольщеніемъ обманулъ и она въ семъ проступкѣ не виновата" (V, 155). Если женихъ послѣ сговора жилъ съ невѣстой и потомъ отказался отъ вступленія въ бракъ, то по рѣшенію волостнаго суда платитъ въ пользу обиженной значительную по крестьянскому быту сумму (въ данномъ случаѣ 75 р., VI, 472).

Менѣе снисходительно, что и справедливо, относится волостной судъ къ случаямъ незаконнаго сожитія безъ обѣщанія брака. Если плодомъ незаконнаго сожитія былъ ребенокъ, то въ пользу матери взыскивается вознагражденіе (на пропитаніе ребенка), а виновный, сверхъ того, наказывается розгами; или потерпѣвшая получаетъ денежное вознагражденіе, но подвергается тѣлесному наказанію, которое, если она не разрѣшилась еще отъ бремени,

откладывается до родовъ (V, 24); или дѣло ограничивается однимъ взысканіемъ денегъ и ржи на прокормленіе ребенка (V, 497).

Для общей характеристики народныхъ воззрѣній на бракъ поучительно еще отношеніе волостнаго суда къ раскольничьимъ бракамъ. Иногда волостной судъ отказывается отъ разбора споровъ между супругами-раскольниками, на томъ основаніи, что законъ не признаетъ дѣйствительности ихъ браковъ (II, 152, 153). Но въ большинствѣ случаевъ волостной судъ признаетъ юридическую силу раскольничьихъ браковъ, разбирая споры между супругами-раскольниками на общемъ основаніи. Такъ онъ наказываетъ мужа за непризнаніе жены, съ которой былъ обрученъ по раскольничьему обряду (ib. 120), причемъ волостной судъ иногда ссылается въ оправданіе подобныхъ рѣшеній на ст. 90 зак. гр. (каждому племени и народу предоставляется вступать въ бракъ по своему закону и обычаю), хотя несомнѣнно, что это общее правило къ раскольникамъ непримѣнимо по своду (ib. 121). Въ другомъ дѣлѣ волостной судъ опредѣлилъ по поводу спора супруговъ-раскольниковъ, что дѣти должны остаться при матери, а отецъ долженъ давать средства на ихъ пропитаніе до совершеннолѣтія (ib. 156). Очевидно, народный судъ совершенно правильно различаетъ юридическую сторону брака отъ религіозной и потому признаетъ юридическую силу раскольничьихъ браковъ, хотя съ церковной точки зрѣнія и недѣйствительныхъ. А противники секуляризаціи брачнаго права утверждаютъ, будто каждый шагъ въ этомъ направленіи будетъ сильнымъ оскорбленіемъ религіозныхъ убѣжденій народа, который будто бы понимаетъ бракъ единственно какъ таинство. Кому мы должны больше вѣрить въ этомъ отношеніи: рѣшеніямъ ли волостныхъ судовъ, свидѣтельствующимъ объ уваженіи народа къ брачному союзу, хотя бы и въ такой формѣ, которая отвергается церковью, или голословнымъ фразамъ нѣкоторыхъ писакъ?

Переходя къ характеру проекта народнаго суда относительно личныхъ и имущественныхъ правъ супруговъ, какъ вообще внутренняго быта семьи, укажемъ прежде всего на замѣчательное сходство между оффиціальнымъ и народнымъ правомъ въ одномъ капитальномъ пунктѣ. Въ нашемъ семейномъ правѣ, какъ оно проявляется не въ однихъ законахъ, но и въ дѣйствительномъ ихъ примѣненіи на практикѣ, можно подмѣтить въ болѣе новое время борьбу двухъ противоположныхъ началъ. Съ одной стороны ста-

ренное, патріархально-домостроевское воззрѣніе, что область семейнаго быта должна быть свободна отъ вмѣшательства закона и суда въ такихъ размѣрахъ, что даже немаловажные проступки и насиліе въ семьѣ должно ускользать отъ контроля общественной власти. Съ другой стороны, инстинктъ естественной справедливости подсказываетъ и русскому обществу невозможность этой системы невмѣшательства и практическую необходимость отступать весьма часто отъ домостроевскаго принципа. Колебанія между этими противоположными тенденціями характеризуютъ нашъ семейно-правовой бытъ въ отличіе отъ западно-европейскаго, гдѣ давно получила преобладаніе вторая тенденція. Такъ, императрица Екатерина Вторая всячески предупреждала судебное разбирательство семейныхъ споровъ, и если дѣло касалось лицъ, въ которыхъ она принимала сколько-нибудь участіе, то не лѣнилась особыми распоряженіями указывать спорящимъ на то, какъ неприлично въ близкомъ родствѣ производить тяжбы въ присутственныхъ мѣстахъ [1]). И однакожъ она первая внесла въ законодательство (въ уставъ благочинія 1782 г.) правила о внутреннихъ правоотношеніяхъ семьи; она же организовала совѣстные суды для разбора между прочимъ семейныхъ споровъ.

Старый сенатъ въ рѣшеніи по дѣлу Безобразовыхъ утверждаетъ, будто „наблюденіе за исполненіемъ частными лицами ихъ семейныхъ обязанностей не относится къ вѣдомству судебныхъ учрежденій“ [2]); и однакожъ по этому же дѣлу самъ сенатъ присуждалъ съ мужа пропитаніе женѣ, равно какъ изъ другихъ дѣлъ видно, что онъ нерѣдко принималъ къ своему разсмотрѣнію споры, возникавшіе вслѣдствіе неисполненія частными лицами своихъ семейныхъ обязанностей.

Наши юристы-практики утверждаютъ до сихъ поръ, что „личныя отношенія супруговъ стоятъ внѣ юридическихъ опредѣленій и существующіе объ этомъ законы разсчитаны на отдѣльные, болѣзненные, анормальные случаи [3]); и однакожъ новые суды постоянно принимаютъ къ разсмотрѣнію споры по личнымъ отношеніямъ супруговъ и даже стараются при рѣшеніи такихъ дѣлъ удовлетворять естественнымъ требованіямъ справедливости помимо

---

[1]) См. Русскій Архивъ 1872 г., стр. 550.

[2]) Сборн. рѣш. прав. сената, т. I, № 662.

[3]) Г. Мулловъ въ Архивѣ Калачева 1860 г., кн. 5, стр. 2.

предписаній положительнаго закона. Такое же направленіе мы замѣчаемъ въ практикѣ волостныхъ судовъ по семейнымъ дѣламъ. Съ одной стороны, по народнымъ понятіямъ (выразившимся и во многихъ пословицахъ, въ родѣ: сору изъ избы не выноси, свои собаки дерутся, чужая не приставай, и т. под.) семейныя дѣла не подлежатъ никакому постороннему контролю. Отсюда заявленія въ родѣ того, что на дѣла между мужемъ и женой нѣтъ суда, мужъ властенъ надъ своей женой, можетъ выколоть глазъ своей женѣ и не будетъ наказанъ (V, 3, 33); что жалобъ со стороны женъ на мужей не бываетъ, ибо общество дурно смотритъ на подобныя жалобы (V, 141). Къ этому присоединяется еще спеціально обусловливаемое положеніемъ волостнаго суда то обстоятельство, что при недостаточной опредѣленности его юрисдикціи въ законѣ и подъ вліяніемъ ограничивающихъ стремленій со стороны мировыхъ посредниковъ, онъ, какъ мы видѣли прежде, отказывается отъ разбора семейныхъ дѣлъ подъ предлогомъ неподсудности, даже въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ не считаетъ неумѣстнымъ вмѣшательство судебной власти. Такъ волостной судъ признаетъ, что съ жалобой на дурное обращеніе мужа и просьбой о разводѣ жена должна обратиться къ высшему начальству (I, 819), что съ искомъ о незаконности рожденія мужъ долженъ обратиться въ общіе суды (II, 649), что незаконное прижитіе ребенка есть уголовный проступокъ, неподлежащій вѣдѣнію волостнаго суда, (IV, 245) и т. д. Но, отстаивая, такъ сказать, въ теоріи неприкосновенность домашней супружеской и родительской власти и невмѣшательство суда въ семейные споры, волостной судъ въ дѣйствительности, подобно общимъ судебно-административнымъ учрежденіямъ, видитъ всю несправедливость подобнаго начала; цѣлая масса рѣшеній доказываетъ, что идея судебной защиты слабыхъ и угнетаемыхъ членовъ семьи вполнѣ усвоена народнымъ судомъ и примѣняется имъ нерѣдко такъ раціонально и справедливо, несмотря на то, что законъ не даетъ ему въ этомъ отношеніи никакой точки опоры, а положеніе даже не упоминаетъ о подсудности этихъ дѣлъ волостному суду, что можно пожелать только нашимъ общимъ судебнымъ мѣстамъ усвоеніе такихъ же разумныхъ началъ для разрѣшенія семейныхъ споровъ. Такъ въ той же самой волости, гдѣ, по объясненію крестьянъ, споры супруговъ разбираются только домашнимъ порядкомъ и оканчиваются примиреніемъ, мы видимъ,

что волостной судъ наказываетъ мужа за побои, нанесенные женѣ (V, 127 и 133).

Только тамъ, гдѣ преобладаетъ магометанское населеніе, у котораго дѣла семейныя и наслѣдственныя подсудны, по религіозному закону, духовной власти, волостной судъ дѣйствительно не принимаетъ къ разбирательству семейныхъ споровъ (VI, 307, 309). Вообще же онъ вездѣ и всегда принимаетъ всѣ зависящія мѣры къ безобидному разрѣшенію такихъ споровъ. Онъ исходитъ при этомъ изъ того оригинальнаго заблужденія, будто „по нынѣ дѣйствующимъ законамъ нельзя самоуправно бить женъ“ (VI, 281), какъ будто въ послѣднее время произошли какія-нибудь измѣненія въ законахъ объ отношеніяхъ супруговъ. Относительно столь труднаго вопроса о совмѣстной жизни супруговъ, какъ предметѣ судебнаго разсмотрѣнія, практика народнаго суда представляетъ много интересныхъ и поучительныхъ данныхъ.

Хотя нельзя согласиться съ мнѣніемъ г-жи Ефименко, будто, къ счастію, крестьяне ничего не знаютъ о правѣ требовать насильно женъ для совмѣстнаго жительства [1]) (труды коммисіи положительно доказываютъ противное), но съ другой стороны нельзя не признать, что вопросы, сюда относящіеся, разрѣшаются вообще гораздо разумнѣе и цѣлесообразнѣе волостнымъ судомъ, чѣмъ практикою общихъ судовъ, особенно новыхъ. Волостной судъ, правда, вообще не раздѣляетъ мнѣнія той крестьянки, которая заявила, что она не хочетъ идти къ мужу потому, что „не имѣетъ въ виду закона, который бы принудилъ ее къ этому“ (I, 31), но исполненіе обязанности, изложенной въ ст. 103 зак. гр., волостной судъ не признаетъ совершенно безусловнымъ. Мы встрѣчаемъ, по крайне рѣдко, примѣры того, что жена водворяется къ мужу насильно, чрезъ сельскаго старосту (IV, 110). Вообще же прямаго принужденія волостной судъ въ подобныхъ случаяхъ не допускаетъ. Такъ въ одномъ случаѣ мужъ требовалъ къ себѣ жену, но безъ ребенка, прижитаго ею въ его отсутствіе; жена же отказывалась идти къ нему изъ опасенія побоевъ. Волостной судъ, оставивъ безъ уваженія неосновательныя требованія обѣихъ сторонъ, обязалъ жену отправиться къ мужу съ ребенкомъ, а отцу предоставилъ начать споръ о незаконности рожденія послѣдняго въ общихъ судахъ (II, 649). Если мужъ растратилъ свое иму-

---

[1]) Знаніе 1874 г., кн. 1 стр. 38.

щество, продалъ домъ и отдалъ въ аренду землю, волостной судъ освобождаетъ жену отъ обязанности жить съ нимъ, тѣмъ болѣе, что онъ, не имѣя собственнаго хозяйства, живетъ въ работникахъ (II, 126). Если жена не можетъ ужиться съ мужемъ, но не имѣетъ другаго пристанища, кромѣ его дома, то волостной судъ, согласно ея просьбѣ, предоставляетъ ей оставаться въ домѣ мужа, но такъ, чтобъ домъ былъ перегороженъ на двѣ отдѣльныя половины (II, 444). Имѣя въ виду, что, по условіямъ крестьянскаго хозяйства, гдѣ личный трудъ имѣетъ преобладающее имущественное значеніе, уходъ жены отъ мужа наноситъ ему и имущественный ущербъ, лишая его извѣстной суммы труда, на которую онъ имѣетъ право, волостной судъ разрѣшаетъ иногда споры между супругами слѣдующимъ образомъ. Мужъ даетъ женѣ паспортъ на отдѣльное жительство и обязывается не требовать ее къ себѣ, а жена платитъ ему на наемъ работника или работницы для замѣщенія ея по хозяйству (II, 555, 557, 562; III, 62, 384). Тоже начало высказано въ одномъ случаѣ спора между супругами-раскольниками. Мужъ жаловался на уходъ жены. Волостной судъ, не обязывая ее возвратиться къ мужу, присудилъ съ нея убытки въ пользу мужа (VI, 13).

Согласно съ началами, принятыми въ практикѣ европейскихъ судовъ, самовольное и неосновательное оставленіе женой мужа влечетъ для нея, по народнымъ обычаямъ, имущественныя потери, что имѣетъ значеніе косвенной мѣры понужденія къ совмѣстной жизни. Такъ, кромѣ вознагражденія убытковъ, о чемъ мы только-что говорили, мужъ въ подобномъ случаѣ имѣетъ право (по обычаю въ полтавской губерніи) удержать ея приданое (IV, 654). Но если раздѣльная жизнь существуетъ по взаимному согласію сторонъ, то жена можетъ требовать свои вещи отъ мужа (III, 52, 215, 219). Этого права волостной судъ не признаетъ за женой въ случаѣ дурнаго ея поведенія (ib. 88). Въ этомъ случаѣ по обычаю, существующему въ полтавской губерніи, мужъ можетъ отослать жену къ ея роднымъ (IV, 652). Весьма рѣдко жена подвергается аресту за оставленіе мужа (III, 77, 83). Что это не есть результатъ сознанія обязанности жены слѣдовать жительству мужа во всякомъ случаѣ, какъ это признаетъ практика общихъ судовъ, видно изъ другихъ рѣшеній, гдѣ при доказанности дурнаго поведенія мужа волостной судъ освобождаетъ жену отъ этой обязанности (ib. 101 и мн. др.). По уважительнымъ причинамъ доз-

воляется женѣ уйдти отъ мужа со своимъ имуществомъ (V. 223). Въ одномъ дѣлѣ разсматривалась жалоба мужа на то, что жена, ушла отъ него къ сыну. Волостной судъ „не нашелъ основаній привлечь ее насильно, а предоставилъ мужу просить ее къ себѣ добровольно" (VI, 78). Въ другомъ подобномъ случаѣ судъ рѣшилъ: „въ отношеніи жительства ихъ между собой оставить на совѣсти обоихъ", но если соглашеніе не состоится, онъ долженъ возратить женѣ ея одежду и вещи (VI. 249).

Относительно власти мужа надъ женой, какъ извѣстно, народъ имѣетъ еще вполнѣ патріархальныя понятія. Удивляться этому нечего, въ виду того, что и въ Германіи, гдѣ общій уровень умственнаго и нравственнаго развитія населенія гораздо выше, чѣмъ у насъ, по народнымъ понятіямъ, мужъ имѣетъ домостроевское право „наказывать и исправлять" жену, и дѣла подобнаго рода не должны подлежать преслѣдованію суда, такъ какъ это можетъ только усиливать раздоры въ семьѣ, а не искоренять ихъ [1]). Однакожъ несправедливо было бы утверждать, что волостной судъ служитъ въ этомъ отношеніи безусловнымъ защитникомъ патріархальнаго самодурства мужей. Иногда онъ, правда, уклоняется отъ разбора такихъ жалобъ на томъ основаніи, что жестокое обращеніе между супругами есть уголовное преступленіе, наказуемое по уложенію о наказ., и слѣдовательно неподсудно волостному суду (IV, 39); но такіе отказы очень рѣдки и мотивъ ихъ показываетъ, что мы имѣемъ тутъ дѣло съ произведеніемъ юридической мудрости писаря или посредника. Вообще же волостной судъ принимаетъ къ разсмотрѣнію жалобы женъ на дурное обращеніе мужей и обыкновенно при этомъ становится рѣшительно на сторону женъ, если невинность ихъ доказана предъ судомъ. Такъ, мы упоминали уже о рѣшеніи, въ которомъ признано, что по нынѣ дѣйствующимъ законамъ нельзя самоуправно бить женъ. За нанесеніе женѣ побоевъ безъ всякой причины волостной судъ приговорилъ мужа къ наказанію 20-ю розгами и обязалъ не мучить впредь жену (II, 10; III, 6, 24; IV, 83, 93, 100).

Извѣстно, что буйство не въ публичномъ мѣстѣ (слѣдовательно, и въ собственномъ домѣ) по нашимъ общимъ законамъ не наказуемо и что этотъ пробѣлъ въ уголовномъ законодатель-

---

[1]) Графъ и Диттеръ, стр. 144.

ствѣ даетъ чувствовать нерѣдко свои невыгодныя послѣдствія. Волостной судъ восполняетъ этотъ пробѣлъ для сельскаго населенія. По жалобамъ женъ онъ наказываетъ мужей за „безобразіе учиняемое въ домѣ", напр. разорваніе вещей жены (II, 425, 495; III, 72, 208; IV; 488, V, 229).

Извѣстно далѣе, что въ семейныхъ спорахъ наказаніе виновнаго обыкновенно не достигаетъ цѣли и даже противно интересамъ потерпѣвшаго, а гораздо благотворнѣе тутъ можетъ быть предупредительная роль суда. Общіе суды не имѣютъ въ законѣ никакой опоры для подобнаго разрѣшенія семейныхъ споровъ; но волостной судъ, руководствуясь обыкновеннымъ здравымъ смысломъ, дѣлаетъ то, что можетъ въ этомъ направленіи. Если жена, напр., проситъ о томъ, чтобы, не наказывая мужа, унять его отъ пьянства, дурнаго обращенія и пр., то волостной судъ обязываетъ виновнаго подпиской въ этомъ смыслѣ, не налагая на него никакого взысканія (II, 44, 531; III, 257, 261; VI, 85).

Только въ случаѣ, если мужъ жалуется на дурное поведеніе жены и виновность ея доказана (напр. собственнымъ сознаніемъ), судъ, по желанію мужа, подвергаетъ виновную тѣлесному наказанію (II, 68). Встрѣчаемъ и крайне дикія рѣшенія по такого рода дѣламъ. Напр., по спору между мужемъ и женой волостной судъ опредѣляетъ: дать женѣ розги, а съ жалобой на мужа предоставить ей обратиться къ высшему начальству (I, 819); но о волостномъ судѣ, постановившемъ это рѣшеніе, свидѣтельствуется коммисіей, что онъ разбираетъ дѣла въ пьяномъ видѣ (ib. 814); по такимъ исключительнымъ случаямъ, очевидно, нельзя судить объ общемъ направленіи практики народнаго суда.

Право жены на полученіе пропитанія отъ мужа понимается волостнымъ судомъ серьёзнѣе и раціональнѣе, чѣмъ общими судами. Тогда какъ послѣдніе не допускаютъ разбора жалобъ на несоразмѣрное со средствами мужа содержаніе жены, волостной судъ придерживается противоположнаго начала. По жалобѣ жены онъ разсматриваетъ балансъ хозяйства и если находитъ, что мужъ даетъ на содержаніе жены и дѣтей недостаточно по своимъ средствамъ, то подвергаетъ его наказанію (V, 208). Но этого мало. При дурной жизни мужа судъ, въ обезпеченіе правъ жены съ дѣтьми, передаетъ ей самое главенство въ семьѣ, такъ-наз. „большину", вопреки обычаю, въ силу котораго мужъ долженъ всегда быть главою дома (V, 244, 252).

Волостной судъ принимаетъ мѣры и къ защитѣ другаго личнаго права жены—на супружеское сожитіе. Каноническое право, какъ и нѣкоторыя иностранныя законодательства, признаетъ юридическое значеніе debitum conjugale. По ученію восточной церкви это тоже есть обязанность обоихъ супруговъ, отъ которой они могутъ отказаться лишь по уважительнымъ причинамъ. По обычаю, распространенному въ полтавской губерніи, при неспособности мужа къ брачному сожитію онъ платитъ въ пользу жены денежное вознагражденіе и она не обязана жить у него (IV, 652). Въ другомъ мѣстѣ мы видимъ, что волостной судъ принимаетъ жалобу жены на неисполненіе мужемъ супружескихъ обязанностей. Мужъ обѣщаетъ впредь быть исправнѣе и дѣло окончено примиреніемъ (II, 568).

Если бросить общій взглядъ на сообщенные выше факты относительно практики волостнаго суда по дѣламъ о личныхъ отношеніяхъ супруговъ, то нельзя не придти къ заключенію, что ходячія обвиненія противъ волостнаго суда въ этомъ отношеніи крайне несправедливы. Такъ, г. Флеровскій утверждаетъ, что волостной судъ отказывается наказать мужа за дурное обращеніе съ женой и мировой посредникъ едва уговариваетъ ихъ къ этому. Жены ничего не могутъ сдѣлать противъ пьянства мужей. Мужики равнодушно смотрятъ на то, какъ мужъ публично бьетъ свою жену при любовницѣ и пр. У татаръ положеніе женщинъ лучше, чѣмъ у русскихъ, ибо мулла беретъ женъ подъ свою защиту, что возбуждаетъ негодованіе мужей [1]). Мировой судья Назарьевъ трактуетъ о сильномъ угнетеніи женъ мужьями, о томъ, что никакая власть не можетъ защищать ихъ. Бываетъ жалоба на дурное содержаніе женъ мужьями, на нелюбовь мужа, который не говоритъ съ жалобщицей, не любитъ ее и потому она проситъ развода. Онъ также подтверждаетъ замѣчаніе г. Флеровскаго, что у татаръ положеніе женщинъ лучше вслѣдствіе защиты ихъ муллами [2]). Но замѣчательно, что оба наблюдателя рисуютъ такую мрачную картину семейнаго быта крестьянства только въ одномъ краѣ, именно приволжскомъ, въ той части его, гдѣ русское населеніе смѣшано съ магометанскимъ. Но мы видѣли, что именно въ этой мѣстности, очевидно подъ вліяніемъ магометан-

---

[1]) Положеніе рабочаго класса въ Россіи, стр. 51—54, 141

[2]) Вѣстникъ Европы, 1872 г., кн. 2, 609 и сл.

скаго населенія, волостной судъ отказывается отъ разсмотрѣнія семейныхъ споровъ. Подобно этому, на отдаленномъ сѣверѣ, вѣроятно подъ вліяніемъ финскаго племени, у русскаго населенія подавлена и та часть равноправности и независимости женщины, которая существовала еще въ древнемъ Новгородѣ [1]). Отсюда можно съ большой вѣроятностью заключить, что угнетеніе женщины въ семьѣ составляетъ результатъ не столько исконно-русскихъ обычаевъ, сколько вреднаго вліянія другихъ этнографическихъ элементовъ.

Съ другой стороны, необходимо различать между преобладающими въ народѣ понятіями и отношеніемъ волостнаго суда къ этимъ понятіямъ, что преимущественно интересуетъ насъ здѣсь. Относительно этого послѣдняго пункта сопоставленные выше факты положительно опровергаютъ мнѣніе, будто въ волостномъ судѣ жена не находитъ никакой защиты ни отъ дурнаго обращенія мужа, ни отъ недоставленія ей пропитанія, ни отъ нелюбви или неспособности къ сожитію мужа и будто вообще „никакая власть“ не можетъ защитить крестьянскую женщину отъ угнетенія въ семьѣ. Власть мироваго судьи, связаннаго крайне несовершенными законами по семейному праву, дѣйствительно весьма слаба въ этомъ отношеніи, но власть волостнаго суда, какъ мы видѣли, оказывается довольно удовлетворительной для достиженія этой цѣли, насколько оно возможно по условіямъ крестьянскаго быта. Такимъ образомъ, если и справедливо, что семейный бытъ великорусскаго племени, какъ онъ рисуется въ народныхъ пѣсняхъ, представляетъ мрачную и даже грязную картину и ни одна изъ этихъ пѣсенъ не представляетъ картины семейнаго благополучія [2]), то изъ этого явленія никакъ нельзя еще заключать, какъ дѣлаютъ нѣкоторые, будто волостной судъ вполнѣ раздѣляетъ грубость народныхъ нравовъ и поддерживаетъ ее, а потому подлежитъ уничтоженію [3]).

Относительно имущественныхъ отношеній супруговъ труды коммисіи несомнѣнно доказываютъ, что принципъ имущественной раздѣльности супруговъ, принятый нашимъ сводомъ и составляющій, по мнѣнію многихъ, исконное народно-русское учрежде-

---

[1]) Сбор. нар. юрид. обыч. арханг. губ., стр. 243, 246.

[2]) Г. Костомаровъ въ Вѣстн. Европы 1872 г., кн. 6, 562, 566.

[3]) К. П. Ж. въ Юр. Вѣст. 1873 г., кн. 2, совр. отд., стр. 6.

ніе, положительно чуждъ нашему крестьянству. Во многихъ мѣстностяхъ крестьяне заявляли коммисіи, что имущество супруговъ у нихъ общее (V, 492, 516, 525, 533, 544, 21; VI, 3, 92, 645, 648). Съ мужа присуждается долгъ жены, на томъ основаніи, что „въ крестьянскомъ быту каждая женщина по выходѣ въ замужество передаетъ все свое имѣніе въ полное распоряженіе мужа своего, а сама безъ его воли ничѣмъ не можетъ распоряжаться" (II, 44). Если договоръ заключенъ женой, живущей совмѣстно съ мужемъ, то въ случаѣ неисполненія мужъ тоже отвѣчаетъ (I, 29). За женой признается право требовать уничтоженія сдѣлокъ, совершенныхъ мужемъ въ пьяномъ видѣ (II, 468). По обычаямъ полтавской губерніи мужъ имѣетъ право пользованія имуществомъ жены; поэтому онъ получаетъ проценты съ ея капитала и ему принадлежитъ приплодъ съ ея скота (IV, 654). Но жена и дѣти не обязаны платить такой долгъ домовладыки, который сдѣланъ имъ для пьянства, а не на потребности семьи (V, 485). Относительно приданаго слѣдуетъ замѣтить, что крестьянскіе обычаи вообще очень разумны и соотвѣтствуютъ въ главныхъ чертахъ не постановленіямъ свода, лишеннымъ какъ юридическаго, такъ и практическаго смысла, но началамъ римскаго права и новыхъ иностранныхъ законодательствъ. Такъ, крестьяне правильно различаютъ между „приданымъ платнымъ" (принадлежностями одежды жены) и „надѣлкомъ" (деньги, скотъ и т. п.). Первое составляетъ исключительную принадлежность жены, а второй поступаетъ въ распоряженіе мужа. Скотъ, напр., считается общей собственностью супруговъ, хотя данъ въ приданое женѣ, ибо на мужѣ лежитъ обязанность кормить его, а слѣдовательно онъ долженъ имѣть право имъ пользоваться [1]). Выраженіе „общая собственность" здѣсь неточно. Правильнѣе сказать, что приданое всегда признается отдѣльной собственностью жены, которое по ея смерти переходитъ къ ея наслѣдникамъ (дѣтямъ или другимъ роднымъ), но что мужъ имѣетъ (какъ свидѣтельствуетъ упомянутый обычай полтавской губерніи) право пользованія приданымъ и распоряженія его плодами. Это начало, какъ извѣстно, принято и римскимъ правомъ и тѣми новыми законодательствами, которыя усвоили такъ-наз. дотальную систему. Далѣе, народный обычай признаетъ, что платное приданое не можетъ быть требуемо наслѣдниками

---

[1]) Крестьянская женщина, ст. г-жи Ефименко (Дѣло 1873 г., кн. 3), стр. 92.

жены отъ мужа, если оно было ею изношено (I, 840). Отсутствіе такого правила въ общихъ законахъ давно сознается какъ важный недостатокъ на практикѣ (какъ было указано въ другомъ мѣстѣ). Что обычай признаетъ право собственности жены на приданое, видно изъ того, что иногда волостной судъ обязываетъ мужа возвратить приданое женѣ на основаніи ст. 110 зак. гр., (II, 153). Все это даетъ право сказать, что народные обычаи относительно приданаго, какъ они примѣняются волостнымъ судомъ, гораздо справедливѣе и цѣлесообразнѣе, чѣмъ общіе законы и практика общихъ судовъ по сему предмету.

Практика волостныхъ судовъ по дѣламъ, вытекающимъ изъ отношеній родителей и дѣтей, тоже представляетъ любопытныя особенности, говорящія скорѣе въ пользу, чѣмъ противъ народнаго права и народнаго суда, сравнительно съ правомъ и судомъ оффиціальнымъ. Такъ право дѣтей на пропитаніе и воспитаніе родителями по своду вовсе не имѣетъ значенія дѣйствительнаго права, такъ какъ законъ и судебная практика не допускаютъ жалобъ по сему предмету. Но крестьянскій судъ смотритъ на это дѣло иначе. Если отецъ не заботится о воспитаніи сына, т.-е. не исполняетъ своихъ обязанностей въ отношеніи къ нему, то теряетъ и соотвѣтственныя права на его личность и потому долженъ вознаградить его за работы какъ чужаго работника (VI, 371). По жалобѣ сына волостной судъ опредѣляетъ ему содержаніе отъ отца (IV, 556).

Въ личныхъ отношеніяхъ родителей къ дѣтямъ волостной судъ вообще является чаще противникомъ, чѣмъ поборникомъ домостроевскихъ началъ. Такъ, въ одномъ дѣлѣ по жалобѣ дѣтей на отца о побояхъ и захватѣ имущества послѣдній не хотѣлъ давать никакихъ объясненій, ссылаясь на то, что „онъ въ дѣтяхъ своихъ воленъ“, но волостной судъ обязалъ его возвратить захваченное имущество и внушилъ не тиранить дѣтей подъ опасеніемъ отвѣтственности (I, 120). При дурномъ поведеніи отца сынъ не обязанъ жить съ нимъ и оказывать ему почтеніе (II, 152). По жалобѣ сына на буйство и пьянство отца судъ наказываетъ послѣдняго розгами (II, 424, 426, 445; III, 47) или арестомъ (IV, 652). Тоже въ случаѣ основательныхъ жалобъ снохи на свекра (II, 466, III, 207), причемъ иногда снохѣ предоставляется уйдти отъ свекра и жить гдѣ пожелаетъ (V, 289). Волостной судъ не всегда остается равнодушнымъ зрителемъ такъ называемаго снохачества, составляю-

щаго одну изъ самыхъ темныхъ сторонъ крестьянскаго семейнаго быта. По жалобѣ снохи на уговоръ свекра къ снохачеству послѣдній не былъ подвергнутъ наказанію, но у него отнята была «большина“, т. е. главенство въ семьѣ, что въ крестьянскомъ быту имѣетъ огромное значеніе (VI. 101). Отецъ признается обязаннымъ отвѣчать за убытки причиненные дѣяніемъ его малолѣтнихъ дѣтей (V, 391; VI, 421), и притомъ въ болѣе широкомъ объемѣ, чѣмъ по правиламъ свода. Относительно обязанности дѣтей доставлять родителямъ пропитаніе мы встрѣчаемъ также весьма разумныя рѣшенія волостнаго суда. Такъ онъ признаетъ, что отдѣльное пропитаніе родителямъ дѣти не обязаны давать, если желаютъ держать ихъ при себѣ (II, 61). Если сынъ обязался дать отцу содержаніе въ опредѣленномъ размѣрѣ, а потомъ обстоятельства не позволяютъ ему исполнять вполнѣ это обязательство, то волостной судъ уменьшаетъ, по своему усмотрѣнію, цифру пропитанія (II, 189). Если у матери, нуждающейся въ прокормленіи, есть нѣсколько дѣтей, то одинъ сынъ, дававшій на ея содержаніе, можетъ взыскивать соотвѣтственную часть съ другаго (II, 506). Вопросы, возбужденные въ этихъ трехъ дѣлахъ, не находятъ себѣ разрѣшенія въ нашемъ законѣ, но волостной судъ разрѣшилъ ихъ вполнѣ правильно и согласно съ началами, принятыми въ судебной практикѣ другихъ странъ.

Волостной судъ еще и въ другихъ отношеніяхъ принимаетъ мѣры къ охранѣ семейнаго мира. Напр., отъ брата отбирается подписка не обижать сестру, въ противномъ случаѣ онъ подвергаетъ себя наказаніе розгами (III, 82).

Относительно опеки въ дополненіе къ сказанному уже прежде слѣдуетъ замѣтить, что крестьяне вообще иначе относятся къ этому предмету, чѣмъ правила свода. Близкіе родственники, равно какъ мать-вдова, имѣютъ естественное право опеки надъ малолѣтними, право, независящее отъ утвержденія начальства и не нуждающееся въ немъ. Опека изъ постороннихъ лицъ, при наличности близкихъ родственниковъ, учреждается поэтому лишь въ случаѣ злоупотребленій со стороны послѣднихъ [1]). Волостной судъ отказываетъ въ назначеніи опеки для малолѣтняго при жизни отца (IV, 321). Вдова-мать лишается права опеки съ вторичнымъ выходомъ замужъ (по обычаю въ полтавской губ.—IV, 660).

[1]) Сборникъ нар. юрид. обычаевъ арханг. губ., стр. 57.

Вознагражденіе опекуну вообще не полагается (ib. 661). Опекунъ даетъ отчетъ лишь самому опекаемому по достиженіи имъ совершеннолѣтія (VI, 123). Опекунъ имѣетъ право требовать уничтоженія договора продажи несовершеннолѣтнимъ движимаго имущества, но при этомъ покупщику возвращаются уплаченныя имъ деньги (III, 262). Волостной судъ заступается за сиротъ, къ которымъ общество простираетъ претензіи по взысканію недоимокъ съ имущества ихъ родителя (VI, 289).

Очевидно, въ какой мѣрѣ требованіе кассаціоннаго сената (упомянутое нами прежде), чтобы въ крестьянскомъ быту опека имѣла такое же значеніе, какъ и для другихъ сословій, подчиненныхъ дѣйствію свода, противорѣчитъ народнымъ понятіямъ, а слѣдовательно и основной мысли положенія 1861 г.—предоставить сельскому населенію возможность руководствоваться обычаями въ своемъ имущественномъ быту.

Любопытно еще сравнить правила крестьянскаго обычая объ опеки съ германскими народными обычаями по этому предмету. По нѣмецкимъ обычаямъ, опека есть право (а не обязанность), принадлежащее родственникамъ малолѣтнихъ по степени близости ихъ родства. Опекунское право родителей отличается еще тѣмъ, что оно даетъ право пользованія доходами съ имущества опекаемыхъ дѣтей (какъ это признаетъ и римское право). У насъ законъ хотя повидимому и различаетъ между опекунскимъ правомъ родителей и другихъ лицъ (ст. 18 з. гр. и др.), но не даетъ имъ никакого права на имущество дѣтей. Народный же обычай признаетъ за родителями право безотчетнаго управленія имуществомъ малолѣтнихъ дѣтей собственно въ отношеніи доходовъ [1]; другими словами, нашъ народъ сохранилъ общеевропейское воззрѣніе на право родителей опекуновъ пользоваться доходами съ имущества опекаемыхъ дѣтей, право, совершенно позабытое оффиціальнымъ закономъ. Подобно упомянутому выше русскому обычаю, источники нѣмецкаго права признаютъ за вдовой право опеки надъ дѣтьми до тѣхъ поръ, пока она не вступитъ въ новый бракъ.

Воззрѣніе нашихъ крестьянъ, что опекунъ вправѣ воспользоваться всѣми доходами съ имущества опекаемаго, вполнѣ подтверждается нѣмецкими обычаями. Тамъ существовали юридическія поговорки: имущество сиротъ не увеличивается и не уменьшается;

[1]) Тамъ же, стр. 42.

имѣніе малолѣтнихъ ничего не пріобрѣтаетъ. Принципъ этотъ признанъ былъ даже германскимъ закономъ относительно ленныхъ имѣній. Объ основаніяхъ этого правила упомянемъ впослѣдствіи.

Германскій обычай признавалъ всегда опекунское право мужа надъ несовершеннолѣтней женой и воззрѣніе это болѣе или менѣе сохранилось до нынѣ у европейскихъ народовъ. У насъ общій законъ не знаетъ этого института, но обычай всегда признавалъ его и самъ законъ долженъ былъ сдѣлать уступку этому обычаю, когда приходилось регламентировать опеку у сельскаго населенія (ст. 325 и 362 з. гр.).

Изъ этихъ указаній видно, что народные обычаи относительно опеки сходятся во всемъ существенномъ съ народнымъ правомъ западной Европы, тогда какъ опека по своду во многомъ отличается отъ того, что выработано другими народами по этому предмету [1]).

Послѣ очерка обычаевъ по семейнымъ отношеніямъ и опекѣ естественно перейдти къ наслѣдственному праву, но предварительно необходимо остановиться на двухъ обстоятельствахъ, безъ которыхъ невозможно пониманіе наслѣдственныхъ обычаевъ народа, столь отличныхъ отъ постановленій свода и играющихъ первостепенную роль въ вопросѣ о народномъ судѣ. Эти обстоятельства суть: *роль труда въ имущественномъ быту народа и общая семейная собственность*. Эти два момента придаютъ своеобразный характеръ не только наслѣдственному праву народа, но и всему правовому его быту.

У всѣхъ первобытныхъ народовъ, преимущественно земледѣльческихъ, прежде чѣмъ они достигли того уровня экономическаго развитія, когда накопленный капиталъ начинаетъ играть роль въ земледѣльческой промышленности, главное, даже исключительное значеніе въ опредѣленіи имущественныхъ правъ каждой личности имѣетъ его личный трудъ. Трудъ тогда есть единственный источникъ, изъ котораго возникаютъ для человѣка опредѣленныя, охраняемыя закономъ или обычаемъ права на пользованіе различнаго рода имущественными выгодами. У римлянъ, насколько можно судить по ихъ праву, уже въ древнѣйшее время стушевалось это воззрѣніе вслѣдствіе постоянныхъ войнъ, выработавшихъ понятіе о томъ, что завладѣніе чужимъ имуществомъ есть главный источ-

[1]) Графъ и Дитгеръ, s. 172—176.

никъ пріобрѣтенія. Но у другихъ народовъ, которыхъ развитіе шло болѣе мирнымъ путемъ, первенствующая роль труда долго сохраняла свое значеніе. Но такъ какъ земледѣльческій трудъ, по самому свойству своему, не можетъ быть успѣшенъ безъ соучастія многихъ лицъ, то отсюда естественный выводъ, что добытое этимъ трудомъ имущество составляетъ общую принадлежность всѣхъ соучастниковъ работъ, какими обыкновенно бываютъ члены одной семьи. Римскій paterfamilias могъ имѣть исключительное и неограниченное право собственности на имущество, которое большею частью добывалось имъ или на войнѣ или какъ результатъ военныхъ заслугъ; какое право имѣли бы его домочадцы на участіе въ dominium надъ вещью, добытой потомъ и кровью одного домовладыки? Неудивительно поэтому, что индивидуализмъ въ правѣ и личная собственность пріобрѣли такое замѣчательное развитіе въ римскомъ правѣ. Но у народа мирнаго, особенно земледѣльческаго, было бы наоборотъ совершенно несправедливо присвоивать одному домовладыкѣ исключительное право на имущество, добытое коллективнымъ трудомъ всѣхъ членовъ семьи. Такимъ образомъ, мы видимъ, что у древнихъ индусовъ обработанная земля считалась собственность не того, кто завладѣлъ ею (въ смыслѣ римской occupatio), но того, кто расчистилъ лѣсъ и обработалъ расчищенную землю [1]). Вмѣстѣ съ тѣмъ мы видимъ, что имущество тамъ считается общей собственностью семьи и никто не имѣетъ права самовольно распоряжаться имъ безъ согласія другихъ членовъ семьи. Наслѣдство не должно быть дѣлимо, но дѣти остаются въ общемъ владѣніи имъ по смерти отца, въ особенности пока мать находится въ живыхъ. Завѣщанія, хотя и были извѣстны, но вовсе не имѣли того смысла, который мы придаемъ имъ теперь по примѣру римлянъ, а были не болѣе какъ раздѣлами между законными наслѣдниками того, что принадлежало каждому по праву и не могло быть отнято у нихъ завѣщаніемъ. Личной собственностью считалось только то, что пріобрѣтено извѣстными, обычаемъ установленными способами, главнымъ образомъ — военная добыча (какъ у римлянъ peculium castrense было древнѣйшимъ видомъ личной собственности filius familias'а). Отдѣленный сынъ, такъ какъ онъ при выдѣлѣ получилъ слѣдуемую ему часть семейнаго имущества и пересталъ съ этого времени работать для

---

[1]) Busch, Urgeschichte des Orients, III, 242.

семьи, терялъ право на наслѣдство по смерти отца [1]). Аналогія этого индусскаго строя съ нашимъ крестьянскимъ бытомъ просто поразительна, какъ увидимъ послѣ.

Нѣмецкій крестьянинъ то же видитъ въ трудѣ единственный источникъ честнаго добыванія имущества и хотя это воззрѣніе не могло быть сохранено по постороннимъ причинамъ, но оно имѣло большое вліяніе на правовой бытъ народа во всѣхъ отношеніяхъ. Такъ, напр., рубка лѣса въ чужомъ лѣсу по народнымъ понятіямъ не есть преступленіе, если это дѣлается открыто, тогда какъ присвоеніе нарубленнаго другимъ, (т. е. плодовъ чужаго труда) въ самомъ небольшомъ количествѣ есть кража, заслуживающая висѣлицы. Въ вопросахъ о спецификаціи и т. п. германскіе обычаи, въ противоположность римскому праву, отдаютъ предпочтеніе труду предъ абстрактнымъ правомъ собственности въ спорѣ о томъ, кому должна принадлежать вещь, выработанная однимъ лицомъ изъ матеріала, принадлежавшаго другому. Отсюда также правило, что найденное однимъ лицомъ при бытности другаго принадлежитъ обоимъ. На этомъ же основано правило, что засѣявшій безъ дурнаго умысла, по ошибкѣ, чужое поле не только получаетъ вознагражденіе за сѣмена и трудъ, но имѣетъ право на половину урожая, такъ какъ трудъ человѣка есть главный производитель сельско-хозяйственныхъ продуктовъ [2]).

Въ связи съ этимъ въ германскомъ правѣ укоренилось понятіе объ общей собственности семьи если не на все добытое трудомъ ея членовъ, то по крайней мѣрѣ на основной капиталъ, главнымъ образомъ на поземельную собственность, какъ достояніе рода. Отсюда право выкупа и преимущественной покупки (Vorkauf) со стороны родственника [3]).

Еще ближе къ нашему обычному праву въ этомъ отношеніи народный бытъ во Франціи до революціи. Въ семействахъ вилановъ общность имущества установлялась совмѣстной жизнью въ теченіе года и дня, независимо отъ родства или брака между совмѣстно живущими. Раздѣльная жизнь въ теченіе такого же періода времени уничтожала пріобрѣтенное уже право на часть имущества данной communauté. Отсюда общность имуществъ между

[1]) А. Н-рь въ Юрид. журналѣ Салманова за 1861 г. кн. 6, 258 и кн. 8, 305 и сл.

[2]) Графъ и Дитгеръ, 78, 111, 112, 120.

[3]) Тамъ же, 185 и мн. др.

супругами, какъ лицами совмѣстно живущими и работающими. Эта общность, по мнѣнію старинныхъ юристовъ, ничѣмъ не отличается отъ общности между людьми другъ другу чуждыми, но вмѣстѣ живущими. Поэтому она устанавливалась не со дня заключенія брака, а годъ и день спустя. Одинъ сборникъ обычаевъ сравниваетъ communauté супруговъ съ той, которая существуетъ между двумя братьями вмѣстѣ живущими. Смертью мужа communauté не прекращалась, но продолжала существовать подъ главенствомъ матери. У дворянъ этого небыло, но со смертью отца имущество переходило въ собственность дѣтей, а мать дѣлалась только ихъ опекуншей; этотъ порядокъ по наполеонову кодексу принятъ какъ общій для всѣхъ сословій. Въ 1566 г. законъ уничтожилъ возможность легальнаго существованія communautés въ упомянутомъ видѣ требованіемъ, чтобъ всякій договоръ на сумму свыше 100 франковъ былъ письменный но они, тѣмъ не менѣе продолжали существовать долгое время послѣ этого и даже сохранились до настоящаго времени въ нѣкоторыхъ мѣстахъ, менѣе затронутыхъ цивилизаціей [1]).

По свидѣтельству Леплё (въ его извѣстномъ сочиненіи: La reforme sociale) въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ удержалась до сихъ поръ во Франціи форма хозяйства, которую онъ называетъ famille souche, состоящая въ слѣдующемъ. Имущество семьи составляетъ общую собственность всѣхъ ея членовъ. Глава семьи избираетъ себѣ преемника, большака, который продолжаетъ вести хозяйство по его смерти при главенствѣ и пожизненномъ владѣніи вдовы-матери. Такой порядокъ (столь сходный съ существующимъ у нашихъ крестьянъ), по мнѣнію Леплё, самый раціональный и долженъ былъ бы быть введенъ закономъ какъ общій для всей Франціи. Обращаясь затѣмъ къ быту нашихъ крестьянъ, найдемъ, что упомянутыя два начала играютъ здѣсь гораздо бо́льшую роль, чѣмъ у какого-либо другаго народа что́ объясняется, какъ увидимъ послѣ, особенностью экономическаго положенія крестьянства у насъ

Въ Америкѣ, гдѣ доведенъ до высшаго развитія въ экономическомъ быту принципъ капитализма, о человѣкѣ обыкновенно говорятъ: онъ стоитъ столько-то долларовъ. т. е. капиталъ, которымъ онъ располагаетъ, равняется тому-то; такимъ образомъ понятіе

---

[1]) Лабуле, Recherches sur la condition etc des femmes, p. 333—340.

о личности сливается съ главными (въ глазахъ американцевъ) ея качествомъ—обладаніемъ извѣстнымъ капиталомъ. Въ быту нашего крестьянства точно также экономическая производительность поглощаетъ всѣ другія стороны личности съ тѣмъ различіемъ, что здѣсь цѣнность личности опредѣляется не капиталомъ, находящимся въ ея обладаніи, ибо таковаго обыкновенно не имѣется, а личнымъ ея трудомъ и притомъ грубымъ мускульнымъ трудомъ, а не тѣмъ, который представляетъ результатъ подготовки, обученія и особенныхъ способностей, вслѣдствіе чего онъ имѣетъ уже значеніе капитала. Не только въ сферѣ имущественной всякія абстрактныя правовыя и другія начала должны уступить мѣсто идеѣ труда со всѣми ея послѣдствіями, но и тамъ, гдѣ повидимому должны преобладать совершенно другія начала, личный трудъ и мускульная цѣнность лица играютъ главную роль. Мы говоримъ объ отношеніяхъ семейныхъ. Извѣстно, что бракъ имѣетъ у крестьянъ значеніе имущественной сдѣлки. Онъ устраивается обыкновенно при посредствѣ сватовъ (терминъ, одинаково примѣняемый къ посредникамъ при покупкѣ лошадей) и эти сваты ведутъ переговоры какъ о куплѣ-продажѣ. Бракъ устраивается самими родителями, причемъ обращается главное вниманіе не на склонность или красоту и т. д., а на состояніе и трудолюбіи брачущихся [1]). Родители смотрятъ на своихъ дѣтей главнымъ образомъ какъ на рабочую силу. Поэтому крестьянинъ всячески препятствуетъ сыну устраивать для себя самостоятельное хозяйство и старается по возможности выжать болѣе выгодъ для себя изъ его труда. Заработать же что-либо на сторонѣ крестьянскому парню очень трудно при низкой заработной платѣ. Желая избавиться отъ эксплуатаціи родителей, дѣти женятся какъ можно раньше, заводятъ наскоро плохое хозяйство и потому скоро бѣднѣютъ [2]). Народныя пословицы лучше всякихъ описаній характеризуютъ эти отношенія въ семьѣ. Такъ одна пословица говоритъ: сына корми, послѣ пригодится; дочь корми, людямъ пригодится. Другая говоритъ: не тотъ отецъ, мать, кто родилъ, а кто вспоилъ, вскормилъ да добру научилъ [3]).

Ясно, что кровное родство и вытекающія изъ него правоот-

---

[1]) См. Этнографическій Сборникъ 1853 г., I. 44, и 105 и др. мѣста.

[2]) Статич. описаніе кіевской губерніи, 1852 г., II, 382.

[3]) Даль, пословицы русскаго народа, 407, 408.

шенія отступають здѣсь на задній планъ предъ принципомъ экономическимъ. Имѣя въ виду то обстоятельство, что дочь приходится кормить для чужой семьи, крестьяне неохотно отдаютъ дочерей замужъ, чтобы пользоваться подольше ихъ трудомъ. При существованіи крѣпостнаго права помѣщики принимали иногда мѣры противъ этого деспотизма родителей, а мѣстами въ эти дѣла вмѣшивался міръ; особенно часто сиротъ женили на мірскихъ сходкахъ. По мнѣнію г. Калачева, слѣдовало бы и по освобожденіи крестьянъ установить какія-нибудь мѣры чтобы препятствовать родителямъ дѣлать затрудненія дочерямъ относительно вступленія въ бракъ [1]). Не мѣшаетъ имѣть въ виду, что для губерній черниговской и полтавской подобное правило существуетъ въ ст. 7 зак. гр. Что желаніе г. Калачева остается пока pium desiderium, это тѣмъ болѣе заслуживаетъ сожалѣнія, что какъ, извѣстно, подобныя злоупотребленія родительской власти встрѣчаются нерѣдко и въ настоящее время: у курскихъ переселенцевъ въ самарской губерніи женихи обыкновенно бываютъ моложе невѣстъ, такъ какъ родители неохотно выдаютъ дочерей замужъ, чтобы подольше пользоваться ихъ трудомъ [2]).

Встрѣчаемъ договоры такого рода. О. переселяется въ домъ П. съ тѣмъ, чтобъ впослѣдствіи женить 12-лѣтняго внука О. на внучкѣ П. (I, 488). Здѣсь бракъ дѣтей и пріобрѣтеніе вслѣдствіе этого семьей П. рабочей силы внука О. является эквивалентомъ за пропитаніе Ѳ. ее внукомъ до совершеннолѣтія послѣдняго. Бываютъ, далѣе, договоры имущественные съ условіемъ возвратить задатокъ, если состоится бракъ между дѣтьми контрагентовъ (I, 668). При этомъ замѣтимъ, что кассаціонный сенатъ, вполнѣ послѣдовательно съ точки зрѣнія нашихъ законовъ, призналъ недѣйствительными подобные договоры [3]).

Бываютъ еще договоры такого рода: дѣвочка принимается на воспитаніе и въ вознагражденіе за трудъ ея до совершеннолѣтія принимается обязательство выдать ее замужъ и дать ей при этомъ приданое, которое заранѣе въ точности опредѣляется (V, 522). Необходимо имѣть еще въ виду обычай, такъ называемой кладки, весьма распространенный во многихъ мѣстностяхъ, и состоящій

[1]) Архивъ Калачева за 1859 г., кн. 2, 25, 26.

[2]) См. „Голосъ“ 1874 г. № 258 („Лѣтнія Экскурсіи“).

[3]) Гр. касс. рѣш. 1871 г., № 761.

въ томъ, что женихъ обязанъ уплатить болѣе или менѣе значительную сумму до брака въ пользу родителей невѣсты. Крестьяне различно объясняютъ значеніе кладки. Одни говорятъ, что она имѣетъ одинаковое значеніе съ татарскимъ калымомъ (VI, 48) и, слѣдовательно, кладка есть плата родителямъ за отходящую отъ нихъ рабочую силу дочери. Другіе говорятъ, что она есть плата за приданое невѣсты, пользованіе которымъ переходитъ къ мужу; а третьи видятъ въ ней вознагражденіе со стороны жениха свадебныхъ расходовъ, дѣлаемыхъ родителями невѣсты, потому что она не даетъ мужу права на полученіе въ собственность приданаго жены послѣ ея смерти, но приданое это возвращается ея родителямъ (VI, 55). Какъ бы ни было, несомнѣнно, что въ основаніи этого обычая лежитъ воззрѣніе, по которому бракъ производитъ перемѣщеніе извѣстной цѣнности изъ рукъ родителей невѣсты въ руки жениха и цѣнность эта есть не что иное, какъ рабочая сила женщины.

Весьма употребительны также предбрачные договоры такого рода, которые напоминаютъ западноевропейскіе pacta testamentaria (Erbvertraege). Напр. невѣста дѣлаетъ завѣщаніе въ пользу жениха, съ тѣмъ, чтобъ послѣ его смерти имущество ея перешло къ сыну ея отъ перваго брака (II. 587). Или женихъ дѣлаетъ завѣщаніе въ пользу невѣсты, дѣйствительность котораго обусловливается совершеніемъ брака (I, 555).

Не мѣшаетъ имѣть въ виду, что въ отношеніи разнаго рода предбрачныхъ договоровъ и условныхъ завѣщаній по поводу брака современные народные обычаи только продолжаютъ историческія традиціи древнерусскаго права, тогда какъ сводъ, имѣющій весьма мало основаній въ правовомъ сознаніи народа, совершенно игнорируетъ или воспрещаетъ подобные акты. Такъ мы видимъ изъ источниковъ, что въ древней Россіи бывали такого рода сдѣлки. Женихъ дѣлаетъ завѣщаніе въ пользу будущей жены. Въ особой записи опредѣляется наличное имущество жениха и невѣсты и дѣлается условіе, что, если онъ умретъ при жизни жены, дѣти ихъ должны получить половину всего этого имущества (значитъ жена должна получить другую половину). Женихъ выдаетъ актъ, въ которомъ удостовѣряетъ, что получилъ въ приданое имущество, принадлежащее сыну невѣсты отъ перваго ея брака; это имущество онъ имѣетъ право продать и пользоваться вырученной суммой до возмужанія пасынка. Женихъ опредѣляетъ, что если

не исполнитъ родительскихъ обязанностей относительно пасынка (сына невѣсты отъ другаго брака), то представители интересовъ послѣдняго могутъ взять съ него неустойку по своему усмотрѣнію [1]). По желанію невѣсты ея прожиточное помѣстье переводится (по книгамъ помѣстнаго приказа) на имя жениха [2]); несомнѣнно однакожъ, что тутъ имѣла мѣсто условная сдѣлка (т.-е. подъ условіемъ совершенія брака), а не простое дареніе. Вообще имущественная сторона предбрачныхъ договоровъ имѣла преобладающее значеніе въ древнерусскомъ быту. Если кто хочетъ жениться, говоритъ Котошихинъ, то посылаетъ узнать о состояніи невѣсты и „буде жениху по тому придапому невѣста полюбится", то посылаетъ кого-нибудь смотрѣть невѣсту [3]).

Такимъ образомъ цѣлая масса договорныхъ правоотношеній, чуждыхъ нашему оффиціальному праву, сохранилась въ народныхъ обычаяхъ со временъ до-петровскихъ, свидѣтельствуя о томъ, что область русскаго права далеко не исчерпывается постановленіями свода и практикой общихъ судебныхъ мѣстъ.

Народныя воззрѣнія на трудъ служатъ также основаніемъ упомянутаго выше обычая, въ силу котораго опекунъ имѣетъ право на пользованіе доходами съ имущества опекаемаго. По условіямъ крестьянскаго хозяйства, имущество крестьянина можетъ давать доходъ только благодаря приложенію къ нему человѣческаго труда и лишь въ такомъ размѣрѣ, чтобы оплачивать этотъ трудъ. Поэтому крестьяне находятъ естественнымъ и справедливымъ, что опекунъ, прилагающій свой трудъ къ управленію имѣніемъ малолѣтняго, пользуется и результатами своего труда въ видѣ доходовъ съ имѣнія малолѣтняго. На этомъ же воззрѣніи основанъ обычай, регулирующій у нашихъ, какъ и у нѣмецкихъ крестьянъ, отношенія между собственникомъ земли и другимъ лицомъ, самовольно обработавшимъ его землю. Въ подобномъ случаѣ, по одному рѣшенію волостнаго суда, хозяинъ земли получаетъ 1/3 часть урожая (VI, 609) по другому—онъ получаетъ 1/2 урожая, но вознаграждаетъ засѣявшаго за 1/2 сѣмянъ (VI, 483). Въ третьемъ рѣшеніи различается (какъ по германскому обычаю) добросовѣстное, по ошибкѣ, засѣяніе чужой земли отъ недобросовѣстнаго;

[1]) А. Юр., №№ 394—399.

[2]) Мельниковъ, Акты Истор. и Юрид., I, стр. 72.

[3]) Котошихинъ, гл. XIII, 3.

въ первомъ случаѣ засѣявшій получаетъ весь урожай, но платитъ собственнику арендныя деньги за пользованіе землей по цѣнамъ въ данной мѣстности существующимъ (VI, 521). Аналогично съ этимъ другое рѣшеніе: засѣявшій чужое поле пользуется урожаемъ, но вознаграждаетъ владѣльца за убытки (II, 176). Въ другомъ случаѣ послѣдовало такое рѣшеніе: урожай остается въ пользу собственника земли, но онъ обязанъ обработать такой же участокъ у того, кто вспахалъ (но не засѣялъ) его поле (IV, 49). К. по ошибкѣ нарубилъ дровъ въ лѣсу Л.; судъ призналъ дрова собственностью К., но съ тѣмъ, чтобъ онъ уплатилъ Л. вознагражденіе, опредѣленное судомъ (IV, 107). Во всѣхъ этихъ случаяхъ мы видимъ, что народный судъ, придерживаясь обычнаго воззрѣнія на преимущественную роль труда въ земледѣльческомъ производствѣ, признаетъ право вознагражденія за трудъ, употребленный на пользу чужаго имущества безъ договора съ владѣльцемъ этого имущества, особенно если это произошло bona fide, вслѣдствіе извинительной ошибки и тому подобное. Еслибъ случаи, разрѣшенные въ указанныхъ рѣшеніяхъ волостнаго суда, представить на разсмотрѣніе нашихъ общихъ судовъ, то они безъ всякаго сомнѣнія рѣшили бы ихъ въ противоположномъ смыслѣ, т.-е. признали бы право собственника воспользоваться безъ всякаго вознагражденія результатами труда и капитала, употребленныхъ постороннимъ лицомъ на обработку его земли или рубку его лѣса. Дѣйствительно, нашъ сводъ признаетъ за источники обязательствъ лишь договоръ (главнымъ образомъ), а затѣмъ отчасти delicta quasi-delicta; но онъ нигдѣ не упоминаетъ объ обязательствахъ, вытекающихъ изъ quasi-контракта. Законъ нашъ не даетъ никакихъ основаній для иска изъ neg. gestio или de in rem verso. Онъ нигдѣ не устанавливаетъ и того общаго правила, что никто не долженъ обогащаться въ ущербъ другому, изъ чего можно было бы вывести въ упомянутыхъ случаяхъ обязанность собственника вознаградить постороннее лицо, добросовѣстно вспахавшее или засѣявшее его поле. Ст. 691 зак. гр. говоритъ только о правѣ требовать имущество изъ чужаго владѣнія, но не о правѣ требовать вознагражденія за трудъ и капиталъ, перешедшіе, такъ сказать, въ чужое владѣніе упомянутымъ образомъ. Ст. 684 зак. гр. вовсе непримѣнима къ данному случаю; точно также законы о владѣніи чужимъ имуществомъ (ст. 609 и сл. зак. гр.), ибо обработать чужое поле далеко не всегда еще значитъ владѣть имъ

и отнять владѣніе у собственника. Такимъ образомъ, общіе суды должны рѣшать подобные споры исключительно въ пользу собственниковъ: но изъ вышеизложеннаго ясно, что рѣшенія волостныхъ судовъ въ этомъ отношеніи не только болѣе согласны съ экономическими условіями и правовыми понятіями нашего крестьянства, но болѣе соотвѣтствуютъ и общимъ началамъ теоріи права, принятымъ какъ римлянами, такъ и новыми европейскими законодательствами.

Замѣтимъ еще, что иногда подобнаго рода правоотношенія разрѣшаются волостнымъ судомъ на основаніи римскаго иска de in rem verso въ чистомъ его видѣ: засѣявшій bona fide чужое поле возвращаетъ поле хозяину, но получаетъ вознагражденіе за трудъ и сѣмена (V, 447).

Такъ какъ трудъ есть главный источникъ пропитанія крестьянина, то потеря рабочаго времени во всякомъ случаѣ должна быть вознаграждена виновнымъ (VI, 397), причемъ не требуется доказать, что въ данномъ случаѣ дѣйствительно имѣлъ мѣсто lucrum cessans, т.-е. что потерянное время дѣйствительно было бы употреблено на производительную работу. Поэтому если кто нанялъ извощиковъ и не далъ имъ товару для перевозки, то долженъ уплатить имъ то, что они могли бы за потерянное время заработать (VI, 463). Размѣръ вознагражденія опредѣляется судомъ.

Общая собственность семьи есть другой основной догматъ крестьянскаго правоваго сознанія. Это обнаруживается главнымъ образомъ на обычаяхъ, регулирующихъ наслѣдственныя отношенія, но вліяніе этого начала весьма сильно и въ то время, когда смерть домовладыки не разрушила еще фактическаго единства семьи. Отсюда напр., общее правило, что долгъ, сдѣланный однимъ изъ членовъ семьи, падаетъ на всю семью, такъ какъ предполагается, если не доказано противное, что заемъ сдѣланъ былъ на общія потребности семьи (I, 733, 795, 742; II, 104; III, 37). Долгъ изъ общественной кассы предполагается сдѣланнымъ на нужды всей семьи (I, 645). Только въ рѣдкихъ случаяхъ, по особымъ фактическимъ условіямъ волостной судъ отказываетъ во взысканіи съ односемейнаго брата по долговой роспискѣ (I, 82). Отсюда также довольно обыкновенный въ крестьянскомъ быту обычай назначать опеку надъ расточителями въ огражденіе правъ другихъ членовъ семьи на общее имущество; такая опека учреждается по просьбѣ родителей расточителя (II, 10) или его жены (II, 21; III, 101, 264).

Обычай этотъ общій въ полтавской губерніи (IV, 660). Невѣрно поэтому выражаются составители систематическаго свода обычаевъ этой губерніи, будто тамъ у крестьянъ старшій въ семьѣ есть полновластный „хозяинъ" (IV, 651), тогда какъ его нельзя признать болѣе, чѣмъ управляющимъ общимъ имѣніемъ.

Весьма любопытно прослѣдить отношеніе нашихъ общихъ судебно-административныхъ мѣстъ къ указаннымъ основнымъ началамъ крестьянскаго быта. Относительно юридическихъ послѣдствій крестьянскаго воззрѣнія на личность главнымъ образомъ какъ на рабочую силу, мы напомнимъ читателю приведенные выше два случая: съѣзды отмѣняютъ рѣшенія волостныхъ судовъ, въ которыхъ пользованіе трудомъ невѣстки сдѣлано предметомъ имущественнаго иска. Еще чаще встрѣчаемъ неспособность понимать организацію крестьянской семьи какъ производительнаго товарищества съ общимъ имуществомъ. Такъ, мы привели уже рѣшеніе мироваго судьи который разбиралъ споръ крестьянъ и нашелъ, что имущество, нажитое всей семьей подъ руководствомъ матери, принадлежитъ ей въ собственность (I, 836). Здѣсь можемъ указать еще на слѣдующіе случаи. Волостной судъ опредѣляетъ: взыскать долгъ въ вспомогательную кассу съ односемейныхъ умершаго должника (вслѣдствіе предположенія, что умершій употребилъ занятыя деньги на потребности всей семьи). Мировой съѣздъ отмѣняетъ рѣшеніе и предписываетъ взыскать долгъ съ поручителей (хотя не имѣетъ вовсе права дѣлать подобныя постановленія, какъ кассаціонная инстанція). Но волостной судъ не подчинился этому рѣшенію и опредѣлилъ: взыскать долгъ съ наслѣдниковъ умершаго, получившихъ его имущество (IV, 75). Нечего доказывать, что юридическая правильность и справедливость тутъ на сторонѣ волостнаго суда; притомъ первое его рѣшеніе, какъ болѣе соотвѣтствующее условіямъ крестьянскаго быта, поэтому и болѣе справедливо.

По мнѣнію кассаціоннаго сената съ 18 лѣтъ каждый пріобрѣтаетъ способность искать и отвѣчать на судѣ, а потому и у крестьянъ родители не могутъ безъ уполномочія искать на судѣ за дѣтей, достигшихъ этого возраста [1]). Рѣшеніе это неправильно съ точки зрѣнія крестьянскихъ обычаевъ относительно опекунской власти родителей и закона, предоставляющаго крестьянамъ руко-

[1]) Гр. касс. рѣш. 1872, 269.

водствоваться обычаемъ въ дѣлахъ объ опекахъ. Но оно совершенно несостоятельно еще и потому, что при общности имущества семьи право каждаго ея члена защищать интересы семьи, а тѣмъ болѣе подобное право большака, распорядителя, не можетъ подлежать сомнѣнію.

Сыновья-крестьяне требуютъ (въ общихъ судахъ) отъ отца и дяди выдѣла части имущества, нажитаго общимъ трудомъ семьи. Они основываютъ свой искъ на обычаѣ и на ст. 38 общ. полож., дозволяющей крестьянамъ руководствоваться своими обычаями въ дѣлахъ о раздѣлѣ наслѣдства. Но въ искѣ имъ отказано по примѣненію ст. 995 з. гр. [1]). Судебная палата не обратила при этомъ вниманія на слѣдующія два обстоятельства. Во первыхъ ст. 995 говоритъ, что дѣти не могутъ требовать отъ родителей выдѣла части имущества *симъ послѣднимъ (родителямъ) принадлежащаго*. Между тѣмъ искъ именно на томъ основывался, что имущество, составляющее предметъ спора, не принадлежало исключительно родителямъ, но было общей собственностью семьи. Во вторыхъ, палата не обратила вниманія на то, что ст. 38 общ. полож. есть такой же общеобязательный законъ, какъ и ст. 995; и такъ какъ положеніе 19 февраля есть 1) законъ позднѣйшій, 2) законъ спеціальный, по общему правилу отмѣняющій законъ общій (ст. 995), то слѣдовало разрѣшить вопросъ: примѣнима ли къ данному спору ст. 995 з. гр. или слѣдуетъ отдать предпочтеніе ст. 38 общ. пол.? Въ обсужденіе этого вопроса палата повидимому вовсе не входила. Таково уже нерасположеніе общихъ судовъ къ примѣненію обычно-правовыхъ началъ.

Извѣстно, что принципъ общей собственности семьи не составляетъ у насъ исключительнаго достоянія сельскаго населенія, но удержался и у городскихъ сословій (купечества и мѣщанства), вообще имѣющихъ много общаго съ крестьянствомъ относительно юридическихъ обычаевъ. Но такъ какъ сословія эти подчинены дѣйствію свода и общихъ судовъ, а не суда въ родѣ волостнаго, имѣющаго право и возможность примѣнять народные обычаи, то указанный принципъ у городскаго населенія не пользуется никакой судебной практикой. Такимъ образомъ, X томъ, хотя и знаетъ различіе между отдѣленными и неотдѣленными дѣтьми, имѣющее значеніе въ системѣ общей семейной собственности (от-

---

[1]) Сборн. рѣшеній моск. суд. пал. за 1867 г., № 162.

дѣленныя дѣти не участвуютъ въ наслѣдованіи или участвуютъ въ одномъ въ болѣе ограниченныхъ размѣрахъ или лишь при извѣстныхъ условіяхъ, лично отвѣчаютъ за свои обязательства и пр.), въ чемъ очевидно сказалось вліяніе окружающей дѣйствительности на источники свода, но различіе это не получило никакого опредѣленнаго содержанія по тѣмъ или другимъ причинамъ. Согласно съ этимъ кассаціонный сенатъ призналъ, что различіе между отдѣленными и неотдѣленными дѣтьми, хотя и установлено закономъ, но не имѣетъ никакого практическаго значенія [1]—фактъ, возможный только въ такомъ ненормально-сложившемся кодексѣ, какъ нашъ сводъ законовъ: цѣлая особая рубрика трактуетъ объ извѣстномъ юридическомъ институтѣ и въ результатѣ оказывается, что институтъ этотъ не имѣетъ никакого значенія на практикѣ! Исходя изъ этой точки зрѣнія, сенатъ отвергаетъ всѣ попытки низшихъ судебныхъ мѣстъ (особенно мировыхъ) придать этому различію дѣйствительное содержаніе. Такъ въ упомянутомъ только что рѣшеніи кассировано рѣшеніе мироваго съѣзда, который призналъ, что неотдѣленныя дѣти не могутъ имѣть собственнаго имущества. Между тѣмъ изъ ст. 183 и 188 з. гр. ясно видно, что по мысли закона неотдѣленныя дѣти не имѣютъ отдѣльной собственности, а только право на могущее открыться для нихъ впослѣдствіи наслѣдство и возможность пріобрѣтенія (тоже впослѣдствіи, т. е. послѣ выдѣла). Въ другомъ случаѣ сенатъ отмѣнилъ рѣшеніе съѣзда, который, руководясь мѣстнымъ обычаемъ и ст. 130 уст. гр. суд., призналъ, что отецъ отвѣчаетъ за принятое въ общій домъ приданое неотдѣленнаго сына [2]. Здѣсь опять таки рѣшеніе съѣзда было вполнѣ правильно, въ виду указанныхъ ст. 183 и 188 з. гр. и ст. 130 уст. гр. суд.

Далѣе сенатъ призналъ, что приговоръ волостнаго схода о раздѣлѣ наслѣдства между братьями по обычаю необязателенъ для мироваго суда, который имѣетъ право примѣнять обычаи лишь къ тѣмъ случаямъ, на которые нѣтъ опредѣленія въ законѣ [3]: изъ этого рѣшенія тоже видно, что примѣненіе ст. 38 общ. полож. практика общихъ судовъ признаетъ не только необязательнымъ, но даже невозможнымъ.

---

[1]) Гр. касс. рѣш. 1869 г., № 468.

[2]) Гр. касс. рѣш. 1870 г., № 308.

[3]) Гр. касс. рѣш. 1869 г., № 67.

По мнѣнію тульскаго окружнаго суда, имущество, хотя и накопленное общими трудами всѣхъ членовъ семьи, находится въ неограниченномъ распоряженіи главы семьи [1]).

Въ семействахъ купцовъ, какъ извѣстно, обычай общей семейной собственности сохранился до сихъ поръ и неотдѣленное свойство дѣтей выражается внѣшнимъ образомъ въ припискѣ ихъ къ капиталу домовладыки; старый сенатъ призналъ, что приписка къ одному капиталу даетъ право на наслѣдованіе [2]). Но практика новыхъ судовъ и здѣсь не хочетъ дать никакого вліянія обычаю. Кассаціонный сенатъ установилъ то начало, что законы о купеческихъ капиталахъ не опредѣляютъ правъ членовъ семьи на объявленный семейный капиталъ а только права сословныя и по производству торговли; но распоряженіе семейнымъ капиталомъ принадлежитъ одному главѣ семьи, а каждый изъ ея членовъ отвѣчаетъ самъ за себя [3]).

Общее впечатлѣніе, производимое сопоставленными здѣсь рѣшеніями, сводится къ слѣдующему. Несмотря на то, что самъ законъ даетъ судебной практикѣ достаточныя точки опоры для признанія народнаго института общей семейной собственности, какъ въ матеріальномъ правѣ (законы объ отдѣленныхъ и неотдѣленныхъ дѣтяхъ, о купеческихъ семейныхъ капиталахъ), такъ и въ процессуальномъ (ст. 130 уст. гр. суд.), но судьи, воспитанные на бюрократическомъ началѣ недовѣрія къ обычному праву и благоговѣнія предъ писаннымъ закономъ, какъ единственномъ источникѣ права, отвергаютъ всякую попытку осуществленія при помощи суда этого обычнаго начала. Индивидуализмъ свода, признающаго одну личную собственность, по ихъ мнѣнію, дѣлаетъ невозможнымъ судебную защиту противоположнаго вида организаціи имущественныхъ отношеній въ семьѣ. Поэтому всякій случай подобнаго рода, восходящій на разсмотрѣніе общихъ судовъ, рѣшается ими явно несправедливо; ибо признать личной собственностью одного то, что въ дѣйствительности пріобрѣтено трудомъ многихъ и принадлежитъ всѣмъ участникамъ производства, значитъ просто отнять законно пріобрѣтенное имущество у одного и отдать другому. Чтó особенно неутѣшительно это то, что подобное юридически неправильное и фактически несправед-

---

[1]) Суд. Вѣстн. 1867 г., № 39.

[2]) Ж. М. Ю. 1860 г., кн. 8, 231.

[3]) Гр. касс. рѣш. 1869 г., № 14.

ливое отношеніе къ обычно-правовому быту народа не только не улучшается, но, напротивъ, все ухудшается по мѣрѣ усиленія культа законности (ложно однако понимаемой по недостатку юридическаго развитія и укоренившемуся предубѣжденію противъ обычаевъ) въ нашей судебной практикѣ: гдѣ старые суды еще давали нѣкоторое мѣсто обычаю общей семейной собственности, тамъ новые спѣшатъ исправить эту „ошибку“ съ рвеніемъ, достойнымъ лучшаго примѣненія.

III.

Послѣ этихъ вступительныхъ замѣчаній объ общихъ руководящихъ началахъ имущественнаго быта крестьянства мы можемъ перейти къ очерку наслѣдственнаго и обязательственнаго права по обычаямъ. При этомъ, въ виду крайне разнообразнаго свойства обычаевъ, относящихся къ опредѣленію наслѣдственныхъ правъ, я ограничусь общей характеристикой, не вдаваясь въ подробности, мало поучительныя и не соотвѣтствующія задачѣ этого очерка.

Хотя давно извѣстно было, что постановленія свода о завѣщательномъ и законномъ порядкѣ наслѣдованія не соотвѣтствуютъ народнымъ понятіямъ и обычаямъ и не примѣняются огромнымъ большинствомъ населенія, но первый серьезный шагъ къ ознакомленію съ этими обычаями сдѣланъ былъ, согласно общему характеру нашего правоваго быта, подъ вліяніемъ идеи государственнаго интереса. Министерство государственныхъ имуществъ обратило вниманіе на необходимость принять мѣры къ обезпеченію отставныхъ солдатъ, возвращающихся на родину къ крестьянскимъ семействамъ; для этого оказалось нужнымъ ознакомиться съ обычаями, существующими у государственныхъ крестьянъ разныхъ мѣстностей относительно наслѣдственныхъ правъ солдатъ. Въ одной палатѣ возникъ вопросъ: имѣетъ ли солдатъ право на часть наслѣдства въ семьѣ? Второй департаментъ министерства государственныхъ имуществъ полагалъ прямо рѣшить его по общимъ гражданскимъ законамъ (совершенно въ духѣ всей нашей судебно-административной практики!); но 1-ый департаментъ, съ мнѣніемъ котораго согласился и министръ, посмотрѣлъ на дѣло иначе, а въ результатѣ явилось изслѣдованіе вообще наслѣдственныхъ обычаевъ госуд. крестьянъ въ 1848 и 1849 гг., на основаніи свѣдѣ-

ній, доставленныхъ палатами государственныхъ имуществъ. Естественно было, что большинство отзывовъ палатъ касалось только порядка производства дѣлъ по наслѣдству (значитъ, канцелярской стороны предмета), что нѣкоторые отзывы носятъ характеръ канцелярской отписки или, коснувшись слегка „существующихъ въ народѣ предразсудковъ и грубыхъ обычаевъ“, предлагаютъ различныя „мѣропріятія“ къ огражденію интересовъ казны по взысканію податей, къ предупрежденіе раздѣловъ и т. п. [1]). Тѣмъ не менѣе министерству удалось собрать этимъ путемъ не лишенныя интереса данныя, сущность которыхъ г. Барыковъ передаетъ слѣдующимъ образомъ. „Крестьяне большей частью почти совсѣмъ не имѣютъ имущества, въ томъ смыслѣ, какъ мы привыкли его понимать. Недвижимой собственности у нихъ вовсе нѣтъ, кромѣ купленной, которая, разумѣется, встрѣчается рѣдко. Земля надѣляется имъ въ пользованіе отъ казны (рѣчь идетъ о госуд. крестьянахъ по прежнему ихъ устройству)... Главный факторъ въ крестьянскомъ хозяйствѣ не капиталъ, а личный трудъ... Семья, по понятіямъ крестьянина, есть не только личный союзъ родства, но и рабочій хозяйственный союзъ, это—если можно такъ выразиться—кровная артель. Имущество крестьянина не есть личная его собственность, а общій хозяйственный инвентарь всей семьи, который большей частью не можетъ быть раздѣленъ безъ разстройства хозяйства и остается въ общемъ владѣніи подъ распоряженіемъ старшаго въ домѣ... Раздѣлъ имущества по смерти домохозяина не есть раздѣлъ наслѣдства, а раздѣлъ общаго заработка. При составѣ дома изъ разныхъ степеней родственниковъ, имущество дѣлится не поколѣнно, а по числу наличныхъ взрослыхъ работниковъ... Отдѣленные отъ дома родственники, хотя бы и самыхъ близкихъ степеней, вовсе въ раздѣлѣ не участвуютъ, если остался кто-нибудь изъ членовъ того же дома... Въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ обычай дѣлаетъ тонкое различіе между родственнымъ, чисто наслѣдственнымъ, и экономическимъ, артельнымъ началомъ. Если дѣлится общее имущество дома послѣ хозяина, то доли назначаются по числу взрослыхъ работниковъ; если же наслѣдство идетъ сбоку, изъ другаго дома, а слѣдовательно въ приращеніи его наслѣдники не участвовали, то оно дѣлится по родственнымъ линіямъ и степенямъ... Лица женскаго пола при

[1]) Барыковъ, обычаи наслѣдованія у госуд. крестьянъ, Спб. 1862 г., стр. 3—5.

родственникахъ мужскаго, не получаютъ опредѣленной доли наслѣдства; онѣ остаются жить при какой-либо изъ дѣлящихся частей, а при замужствѣ награждаются приданымъ, по достатку и усмотрѣнію семьи. Вдова отпредѣленной доли изъ имущества мужа не получаетъ. Если у нея есть дѣти, то она всего чаще остается при нихъ въ домѣ мужской родни; бездѣтная возвращается въ родительскій домъ... Оставной солдатъ въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ получаетъ часть изъ того только имущества семьи, которое принадлежало ей во время поступленія солдата на службу. Эта черта тоже имѣетъ экономическій характеръ: съ выходомъ изъ артели прекращается и право на долю въ общемъ ея заработкѣ" [1]).

Хотя выводы эти сдѣланы изъ фактовъ, замѣченныхъ еще въ сороковыхъ годахъ и хотя крестьянская реформа такъ существенно измѣнила бытъ сельскаго населенія, но тѣмъ не менѣе труды коммисіи о волостныхъ судахъ доказываютъ, что не только въ основныхъ началахъ, но и въ частностяхъ наслѣдственные обычаи крестьянъ до сихъ поръ тѣ же, что̀ и прежде. Мало того, по замѣчанію покойнаго Бѣляева, въ обычаяхъ крестьянъ, какъ мы можемъ наблюдать ихъ въ настоящее время, сохранились во всей чистотѣ начала, нѣкогда общія русскому праву безъ различія сословій. Бѣляевъ проводитъ любопытныя параллели между свѣдѣніями источниковъ о древнерусскомъ и общеславянскомъ наслѣдственномъ правѣ и современными крестьянскими обычаями [2]). Весьма вѣроятно, какъ замѣчаетъ тотъ же изслѣдователь, что въ то время, какъ церковь (оффиціально вѣдавшая въ древней Россіи дѣла по наслѣдствамъ) руководилась законами Номоканона, народъ нашъ въ то время, какъ и теперь, когда дѣло не доходило до суда, придерживался своихъ обычаевъ [3]). Возраженія, которыя дѣлаетъ противъ этого мнѣнія покойный Никольскій, мнѣ кажутся совершенно неосновательными [4]). На сходство древнерусскаго съ теперешнимъ обычнымъ у крестьянъ порядкомъ наслѣдованія указываетъ и г. Кавелинъ [5]).

---

[1]) Тамъ-же, стр. 7—12.

[2]) О наслѣдствѣ безъ завѣщ. по др. русск. законамъ, стр. 24, 32, 33, 40, 45, 46, 68, 70, 72, 75, 122.

[3]) Тамъ-же, стр. 24.

[4]) О началахъ наслѣдованія въ древнѣйшемъ русскомъ правѣ, стр. 256.

[5]) Взглядъ на истор. развитіе и пр., 1860, стр. 19 и др.

Особенности крестьянскаго наслѣдованія всего ярче обрисовываются тамъ, гдѣ оно противопоставляется другой системѣ, основанной на совершенно другомъ принципѣ. Это мы видимъ въ мѣстностяхъ со смѣшаннымъ русскимъ и инородчески-магометанскимъ населеніемъ. У магометанъ, которые разбираются по наслѣдственнымъ дѣламъ у своего духовенства и подчиняются религіознымъ правиламъ, приняты слѣдующія главныя начала. Вдова всегда получаетъ $^1/_8$ часть имѣнія мужа, дочери вполовину противъ сыновей, племянникъ, жившій у дяди, получаетъ долю своего отца, пасынки и пріемыши ничего не получаютъ, бездѣтная сноха, если умершій мужъ ея жилъ при отцѣ, получаетъ отъ свекра $^1/_8$ того, что пришлось бы на долю ея мужа. У христіанъ же, дочери и вдова никакой опредѣленной доли наслѣдства не получаютъ, но наслѣдники обязаны кормить ихъ и дочерей выдать замужъ; племянникъ, живущій у дяди, получаетъ долю равную съ его сыновьями, пріемыши и пасынки наслѣдуютъ наравнѣ съ дѣтьми, если не получаютъ вознагражденія, какъ работники; бездѣтная сноха-вдова ничего не получаетъ (VI, 195, 197). Нетрудно видѣть, что это радикальное различіе въ обычаяхъ сельскаго населенія русскаго и магометанскаго объясняется во всѣхъ своихъ частяхъ однимъ началомъ: магометане руководствуются религіознымъ закономъ, признающимъ за основу наслѣдственнаго порядка абстрактныя начала справедливости, кровнаго родства и семейно-моральнаго элемента, христіане же—реальное начало труда и фактическаго совмѣстнаго жительства. Крестьяне иногда прямо заявляютъ, что при распредѣленіи наслѣдствъ они руководствуются преимущественно хозяйственными видами, а иногда принимаютъ въ соображеніе и общіе законы (III, 21, 31. 51, 58, 301). Но нѣтъ подобности въ такихъ заявленіяхъ для того, чтобъ видѣть, какъ все зданіе наслѣдственнаго права построено у крестьянъ изъ одного элемента и этотъ элементъ есть личный трудъ, какъ главный факторъ сельско-хозяйственной производительности. Мы убѣдимся въ этомъ, разсмотрѣвъ въ отдѣльности главныя группы обычаевъ, сюда относящихся.

1) Относительно наслѣдованія женъ мужьямъ, предмета, играющаго огромную роль въ крестьянскомъ быту, обычаи указываютъ на слѣдующее. Въ архангельской губерніи жена есть преимущественная наслѣдница мужа, какъ его сотрудница въ хозяй-

ствѣ [1]). Это правило не слѣдуетъ однакожъ принимать въ такомъ общемъ видѣ. Нужно строго различать между отдѣленными и неотдѣленными дѣтьми въ этомъ отношеніи. Если сынъ выдѣленъ изъ отцовскаго дома и ведетъ самостоятельное хозяйство, то по смерти его жена остается хозяйкой дома и попечительницей дѣтей; при нераздѣльности же семьи сноха-вдова ничего не получаетъ и живетъ въ домѣ какъ работница [2]). Тоже подтверждаютъ труды коммисіи относительно тамбовской губерніи (I, 198). Тоже сообщаетъ другой наблюдатель относительно самарской губерніи. Положеніе женщинъ, говоритъ онъ, вообще лучше въ малыхъ семьяхъ, т.-е. при раздѣльности. Въ большой семьѣ она обыкновенно по смерти мужа ничего не получаетъ, по крайней мѣрѣ отъ воли главы семьи зависитъ дать ей что-нибудь, даже если она имѣетъ дѣтей; въ малой же семьѣ она получаетъ часть имущества мужа (другую часть міръ отбираетъ, также и землю). Въ одной мѣстности былъ случай, что мировой судья присудилъ съ свекра въ пользу невѣстки имущество умершаго ея мужа; съ тѣхъ поръ и волостной судъ сталъ выдѣлять часть невѣсткамъ, мачихамъ, бабушкамъ, чего прежде не бывало [3]). Обычаи на этотъ счетъ весьма однообразны въ самыхъ разнородныхъ мѣстностяхъ. Вдова при малолѣтнихъ дѣтяхъ остается при нихъ въ домѣ мужа на правахъ хозяйки и не было примѣра выдѣла въ подобныхъ случаяхъ (VI, 55, 123, 410). Вдова съ дѣтьми получаетъ въ пожизненное владѣніе имущество мужа (V, 127); но если она выйдетъ вторично замужъ, то имущество отбирается и передается брату перваго мужа (V, 21), а если она вступаетъ въ бракъ съ крестьяниномъ другаго общества, то міръ отбираетъ земельный участокъ ея перваго мужа (V, 22). Вдова съ дѣтьми получаетъ все имущество мужа (V, 532). При спорѣ между пасынкомъ умершаго и его вдовой съ дочерью волостной судъ опредѣляетъ: оставить домъ въ рукахъ вдовы, а пасынка выселить (I, 715). Жена можетъ распоряжаться имѣніемъ умершаго ея мужа, если оно пріобрѣтено на общія ихъ средства (I, 735). О пожизненномъ пользованіи вдовы имѣніемъ мужа встрѣчаемъ многочисленныя свѣдѣнія изъ всѣхъ мѣстностей, изслѣдованныхъ коммисіей (II,

---

[1]) Г-жа Ефименко, крестьянская женщина (Дѣло, 1873, кн. 3, стр. 97).

[2]) Сборн. нар. юрид. обыч. арханг. губ., стр. 66.

[3]) Лѣтнія экскурсіи въ „Голосѣ" 1874 г., № 258.

53; III, 5; IV, 324; V, 233, 427 и др.). По обычаямъ полтавской губерніи изъ имущества, нажитаго обоими супругами, по смерти одного изъ нихъ другой получаетъ половину, а другая половина идетъ дѣтямъ или другимъ наслѣдникамъ. Бездѣтный мужъ можетъ дѣлать завѣщаніе лишь съ согласія жены и выдѣляя ей ея часть (IV, 658, 659). Отдѣленная жена жалуется, что свекоръ хочетъ забрать имущество умершаго ея мужа; волостной судъ ему въ этомъ отказываетъ (III, 373).

Наслѣдованіе вдовы имѣетъ мѣсто не только въ порядкѣ законнаго наслѣдованія. Нерѣдко встрѣчаемъ завѣщанія въ пользу женъ какъ сотрудницъ въ пріобрѣтеніи имущества (I, 640; II, 525, 532; IV, 324). Въ хорольскомъ уѣздѣ существуетъ обычай, что мужъ при жизни обезпечиваетъ хорошую жену „векселемъ" (IV, 523). Только въ нѣкоторыхъ мѣстахъ встрѣчаемъ заявленія, что нѣтъ опредѣленныхъ правилъ о наслѣдованіи вдовъ, но все мѣняется по обстоятельствамъ; напр., если вдова молода, слѣдовательно можетъ жить еще своимъ трудомъ, то получаетъ менѣе (I, 4, 161, 174). Это безъ сомнѣнія относится къ нераздѣленнымъ, большимъ семьямъ. Еще рѣже встрѣчаемъ обычай, что бездѣтная вдова при братьяхъ умершаго получаетъ опредѣленную долю наслѣдства, напр., 1/3 часть (VI, 294, 422). Гдѣ мы видимъ подобныя опредѣленныя идеальныя доли наслѣдованія женщинъ, тамъ можно быть увѣреннымъ, что народные обычаи подверглись вліянію мировыхъ посредниковъ, какъ проводниковъ, правилъ X тома въ бытѣ крестьянъ. Такъ, мы упоминали прежде, что, вопреки гуманному и справедливому рѣшенію волостнаго суда согласно обычаю, что вдова отдѣленнаго брата получаетъ все его имущество, мировой съѣздъ настоялъ на томъ, чтобъ вдова получила только указную часть, а остальное отдала братьямъ умершаго, вслѣдствіе чего тотъ самый волостной судъ впослѣдствіи примѣнялъ уже законъ объ указной части. Въ трудахъ коммисіи мы постоянно находимъ указанія на то, что волостной судъ примѣняетъ правила X тома о наслѣдованіи женщинъ, что̀ очевидно возможно только благодаря вліянію, главнымъ образомъ, мировыхъ посредниковъ, а затѣмъ волостныхъ писарей. Кромѣ фактовъ этого рода, указанныхъ нами уже прежде, отмѣтимъ еще слѣдующіе. Въ одной волости крестьяне заявили, что дѣла у нихъ рѣшаются по X тому, ибо это вѣрнѣе (т.-е. безопаснѣе со стороны мироваго съѣзда), указная доля женщинъ по своду, личный

заработокъ сына принадлежитъ ему, а не семьѣ (V, 646, 517). Въ нѣкоторыхъ волостяхъ вдовѣ дается $^{1}/_{7}$ часть (I, 130, 134). Такъ какъ законъ объ указной долѣ чуждъ понятіямъ крестьянъ и имъ неизвѣстенъ въ точности, то они иногда курьёзно перевираютъ его. Напр., сельское общество даетъ вдовѣ $^{1}/_{2}$ имущества умершаго; братъ его жалуется съѣзду, утверждая, что ей слѣдуетъ только $^{1}/_{14}$ (I, 833).

Изъ всего этого видно, что при раздѣльности семьи положеніе крестьянской женщины относительно правъ наслѣдованія несравненно лучше повсемѣстно, чѣмъ въ большой, нераздѣленной семьѣ. Если къ этому прибавить, что и при жизни мужа положеніе жены несравненно лучше, когда онъ выдѣленъ отъ отца и женѣ не приходится выносить тиранію свекра и свекрови, то станетъ для насъ понятнымъ тотъ извѣстный фактъ, что женщины служатъ главной причиной раздѣловъ въ крестьянской семьѣ. По заявленіямъ крестьянъ, раздѣлы всего чаще происходятъ отъ ссоръ между бабами (VI, 408, 590, 596). Г. Калачевъ полагаетъ, что эти ссоры бабъ служатъ для мужей болѣе предлогомъ, чтобъ добиться желаннаго раздѣла [1]). Послѣ сказаннаго выше, тутъ нельзя видѣть ни предлога со стороны мужей, ни просто бабьихъ ссоръ, а необходимо признать, что мы имѣемъ здѣсь дѣло съ явленіемъ, имѣющимъ болѣе глубокое основаніе, именно съ юридической борьбой за существованіе со стороны женъ противъ деспотизма домовладыкъ. Пока будетъ продолжаться глубокое различіе въ положеніи женъ въ большихъ и малыхъ семьяхъ, нельзя не признать вполнѣ законнымъ съ ихъ стороны стремленіе къ раздѣламъ во что бы то ни стало; и если желательно противодѣйствовать раздѣламъ [крес]тьянскихъ хозяйствъ, то никакъ нельзя игнорировать значені[я] этого обстоятельства: необходимо устранить тѣмъ или другимъ путемъ этотъ могущественный стимулъ крестьянскихъ раздѣловъ.

Какъ бы то ни было, изъ сопоставленныхъ фактовъ ясно видно, что въ обоихъ случаяхъ наслѣдственное право вдовы регулируется съ точки зрѣнія ея экономическаго положенія въ семьѣ. Въ большой семьѣ женщина-невѣстка есть работница наряду со многими членами семьи; доля ея заработка не можетъ быть опредѣлена въ точности и притомъ со смертью мужа она можетъ во

---

[1]) Архивъ Калачева за 1859 г., кн. 2, стр. 17.

всякое время выйти изъ семьи (возвратиться къ своимъ роднымъ или вступить въ новый бракъ); поэтому она не имѣетъ права на опредѣленную часть наслѣдства; тѣмъ болѣе, что самъ умершій не имѣлъ личной собственности, которая могла бы перейдти къ женѣ. Въ отдѣленной семьѣ напротивъ производительная роль жены обрисовывается ясно: она сотрудница мужа и потому половинщица въ его хозяйствѣ. По смерти мужа она, поэтому, имѣетъ право собственности на половину общаго имущества или право пожизненнаго владѣнія на все имущество; она дѣлитъ свои права только съ общими дѣтьми, и пока не оставляетъ ихъ для другаго брака, остается полной хозяйкой въ домѣ.

2) Что касается дочерей, то при незначительныхъ различіяхъ по мѣстностямъ встрѣчаемъ тоже прочно установившееся общее правило, по которому онѣ вообще не имѣютъ правъ наслѣдованія. По свѣдѣніямъ г. Барыкова, женскій полъ, въ какомъ бы родствѣ съ умершимъ ни состоялъ, при мужскомъ не имѣетъ правъ на наслѣдованіе. Сестры при братьяхъ имѣютъ только одно право—на приданое при выходѣ замужъ. Только въ томъ случаѣ, если умершій не оставилъ неотдѣленныхъ ни сыновей, ни братьевъ, ни зятьевъ, то вдова съ дочерьми получаетъ хозяйскій домъ. Въ другихъ случаяхъ онѣ имѣютъ только право на прокормленіе и надѣленіе приданымъ со стороны наслѣдниковъ-мужчинъ [1]). Тоже сообщаетъ г. Ефименко относительно архангельской губерніи. Женщины по обычаю не наслѣдницы, и выдѣлъ ихъ при замужствѣ считается достаточнымъ для нихъ вознагражденіемъ, но онѣ затѣваютъ иногда судебные процессы и тогда получаютъ наслѣдство при отсутствіи мужчинъ [2]). Есть мѣстности, гдѣ сестра иногда получаетъ почти равную часть съ братьями [3]). Но это рѣдкое исключеніе; вообще же и труды коммисіи подтверждаютъ общую распространенность обычая исключенія женщинъ изъ наслѣдованія. Въ полтавской губерніи дочери, правда, получаютъ извѣстную долю наслѣдства, но сюда относится главнымъ образомъ личное имущество матери, обыкновенно переходящее исключительно къ дочерямъ (IV, 655), какъ состоящее изъ принадлежностей женскаго туалета и женскихъ работъ. Этотъ обычай

---

[1]) Обычаи наслѣдованія государствен. крестьянъ, стр. 14, 19, 20, 23 и др.

[2]) Сборн. народн. юрид. обыч. архангельск. губ., стр. 67.

[3]) Этнограф. Сборникъ, I, 197.

повидимому весьма распространенъ, ибо мы встрѣчаемъ его и въ самарской губерніи (имущество матери всегда идетъ дочери — VI, 294, 422).

Если сопоставить обычаи относительно наслѣдованія вдовъ съ тѣми, которые опредѣляютъ наслѣдственныя права женщинъ по кровному родству, то станетъ яснымъ, что народные обычаи руководствуются въ этомъ отношеніи не пренебреженіемъ къ лицамъ женскаго пола, какъ таковымъ, а примѣняютъ послѣдовательно результаты системы семейной собственности, основанной на общемъ личномъ трудѣ. Еслибъ крестьяне вообще относились съ пренебреженіемъ къ женщинѣ, считая ее рабой мужчины, какъ утверждаютъ многіе, тогда непонятны были бы тѣ обширныя наслѣдственныя права, которыя обычай предоставляетъ вдовѣ въ выдѣленной семьѣ [1]). Въ дѣйствительности крестьянинъ, по условіямъ своего хозяйственнаго быта, не имѣетъ возможности создавать и примѣнять абстрактную теорію о томъ, какое вліяніе долженъ имѣть вообще полъ на права наслѣдованія члена семьи, но долженъ регулировать каждый родъ случаевъ сообразно требованіямъ принципа семейнаго труда. Поэтому, если онъ отрицаетъ наслѣдственныя права дочери и сестры при сынѣ и братѣ, то только потому, что она обыкновенно или перешла или должна перейдти въ чужую семью, вслѣдствіе чего выдѣлъ ей части семейнаго добра былъ бы раззорителенъ для семьи. И безъ того воспитаніе дочери обременительно для хозяйства (сына корми, тебѣ пригодится, дочь корми, людямъ пригодится); что же было бы, еслибъ къ этому присоединилась обязанность во всякомъ случаѣ выдѣлять дочери и сестрѣ часть наслѣдства?

Не мѣшаетъ имѣть въ виду, что крестьянскіе обычаи по этому предмету весьма сходны съ тѣми, которые нѣкогда преобладали въ западной Европѣ. По саксонскому зерцалу, дочери при сыновьяхъ должны довольствоваться приданымъ, и вообще наслѣдственныя права женщинъ были чрезвычайно ограничены, причемъ также придавалось большое значеніе элементу труда и способу пріобрѣтенія имущества. Если имущество пріобрѣтено было общимъ трудомъ супруговъ, то наслѣдовали одинаково родственники съ обѣихъ сторонъ; если имущество составляло отдѣльную соб-

---

[1]) Блунчли, Deutsches Privatrecht (изд. 3-е), S. 690; Графъ и Дитгеръ, S. 190—192.

ственность одного изъ нихъ, то оно переходило исключительно къ родственникамъ съ его стороны. Весьма любопытно въ этомъ отношеніи слѣдующее обстоятельство. Мы упомянули выше, со словъ г. Барыкова, что по крестьянскому обычаю, если имущество получается по наслѣдству изъ другаго дома, гдѣ стало быть права наслѣдниковъ основаны не на трудѣ, а только на кровномъ родствѣ, тамъ наслѣдство дѣлится не по числу работниковъ, а по степенямъ родства, причемъ вѣроятно не дѣлается различія между мужчинами и женщинами. Подобное же явленіе встрѣчаемъ и въ германскомъ правѣ При обыкновенномъ наслѣдованіи (т.-е. близкимъ родственникамъ) женщины при мужчинахъ вовсе не участвуютъ; а когда наслѣдство идетъ въ боковой линіи далѣе извѣстнаго предѣла всѣ родственники, безъ различія пола, пользуются уже одинаковыми правами [1].

Во всякомъ случаѣ, пока продолжаются существующія экономическія условія крестьянскаго быта, нельзя не признать основательность „горькихъ жалобъ“ со стороны крестьянъ на стремленія нѣкоторыхъ посредниковъ навязать имъ правила свода о наслѣдованіи женщинъ (см. выше).

3) Относительно наслѣдственныхъ правъ мужа обычаи не такъ опредѣленны и многочисленны. Есть указанія на то, что имущество жены, по ея смерти, должно перейдти предпочтительно къ ея мужу, а не къ матери (I, 72, 85, 117). Но при этомъ обыкновенно дѣлается слѣдующее различіе. Если жена жила съ мужемъ недолго, то имущество ея возвращается въ родительскій домъ, а если бракъ продолжался долѣе, то имущество это остается у мужа (I, 161, 174). Здѣсь опять видно вліяніе хозяйственныхъ соображеній. Продолжительность брачнаго сожительства усиливаетъ общность интересовъ между супругами, основанную на общемъ хозяйственномъ трудѣ. Гдѣ принимается въ соображеніе абстрактный принципъ нравственнаго значенія брака, тамъ продолжительность его не имѣетъ никакого вліянія на взаимныя права супруговъ.

Подобно вдовѣ и вдовецъ ограничивается въ своихъ правахъ, вытекающихъ изъ перваго брака, со вступленіемъ въ новый бракъ. Поэтому волостн. судъ признаетъ, что вдовецъ, вступившій въ новый бракъ, не можетъ требовать своей дочери и ея имущества отъ дѣда, у котораго она находилась (V, 495).

[1]) Графъ и Диттеръ, S. 191

Весьма распространенъ обычай, въ силу котораго постель умершей жены во всякомъ случаѣ остается въ пользу мужа, а не возвращается ея роднымъ, хотя бы постель составляла часть приданаго, нерѣдко идущаго обратно къ родственникамъ умершей. Обычай этотъ признается и германскимъ народнымъ правомъ [1]).

4) Какъ общее правило принимается далѣе, что отдѣленныя дѣти не участвуютъ въ наслѣдствѣ, такъ какъ выдѣлъ ихъ замѣняетъ всѣ притязанія къ общему семейному имуществу. Подобно тому и тѣ родственники, которые хотя не выдѣлены формально, но жили на сторонѣ и не посылали заработковъ въ общій домъ, теряютъ право на наслѣдованіе [2]). Нечего распространяться о томъ, что это правило вытекаетъ изъ представленія, что только участіе въ общемъ трудѣ семьи даетъ право на участіе въ раздѣлѣ продуктовъ этого труда. Слѣдуетъ имѣть въ виду, что этотъ обычай находитъ себѣ аналогію не только въ средневѣковомъ, но и въ древнѣйшемъ римскомъ правѣ, по которому эманципированныя (т. е. выдѣленныя изъ семьи) дѣти лишались всякихъ правъ на наслѣдованіе, по крайней мѣрѣ при наличности неэманципированныхъ дѣтей.

Изъ этого обычая вытекаютъ нѣкоторые другіе, имѣющіе съ нимъ тѣсную связь. Такъ имъ объясняется такъ-назыв. минoратъ въ наслѣдованіи крестьянъ. Минoратъ встрѣчается преимущественно въ западныхъ и южныхъ губерніяхъ (гдѣ болѣе распространены раздѣлы, чѣмъ на сѣверѣ и востокѣ или въ центральной Россіи); старшіе сыновья еще при жизни отца отдѣляются и переходятъ на особыя хозяйства; семья обстраиваетъ ихъ общими силами на отдѣльныхъ усадьбахъ и домохозяинъ выдѣляетъ имъ часть имущества по своему усмотрѣнію. Младшаго сына родители обыкновенно оставляютъ при себѣ и по смерти отца онъ остается въ домѣ хозяиномъ [3]). Обычай этотъ усвоенъ и иностранными поселенцами и освященъ закономъ: ст. 170 т. XII уст. о колон. опредѣляетъ, что въ участкѣ, отведенномъ отъ казны для семьи поселенцевъ, наслѣдуетъ меньшой сынъ, а при его неспособности отецъ можетъ назначить другаго сына наслѣдникомъ.

Этимъ же началомъ объясняются обычаи, опредѣляющіе наслѣдственныя права солдатъ. Мы упоминали уже (по даннымъ г.

---

[1]) Тамъ же, стр. 171.

[2]) Сборн. народ. юр. обыч. арханг. губ., стр. 65.

[3]) Барыковъ, стр. 65.

Барыкова) о томъ обычаѣ, что отставной солдатъ, если и получаетъ долю наслѣдства, то лишь съ того имущества, которое было уже нажито до его поступленія на службу. Правило это мѣстами существуетъ до сихъ поръ (VI, 648). Экономическое основаніе этого обычая указано прежде.

5) Такъ какъ главную роль въ опредѣленіи наслѣдственныхъ правъ играетъ участіе въ семейномъ трудѣ, то естественно, что незаконнорожденныя дѣти, равно какъ пріемыши и насынки, участвуютъ въ раздѣлѣ наслѣдства наравнѣ съ законными дѣтьми [1]). Труды коммисіи доказываютъ, что этотъ обычай существуетъ у крестьянъ повсемѣстно (I, 61, 488; III, 75, 92; IV, 29; V, 489; VI, 29, 205). Мы видѣли также, что въ этомъ отношеніи русскіе крестьяне существенно расходятся съ магометанами, которые, руководствуясь религіознымъ закономъ, не признаютъ незаконныхъ дѣтей въ правѣ наслѣдованія. Наше оффиціальное право, въ отличіе отъ всѣхъ западно-европейскихъ, тоже придерживается этого строго-отрицательнаго отношенія къ незаконнымъ дѣтямъ. Но замѣчательно, что народные обычаи здѣсь приближаются болѣе (сравнительно со сводомъ) не только къ началамъ западныхъ законодательствъ, но и къ ученію греческой церкви, признаваемой за основаніе нашего оффиціальнаго семейнаго права. По ученію этому, незаконныя дѣти имѣютъ право на воспитаніе и содержаніе отцомъ и наслѣдуютъ своей матери; въ отношеніи къ послѣдней они вообще равны ея законнымъ дѣтямъ [2]). Нѣтъ надобности доказывать, что отношеніе народныхъ обычаевъ къ незаконнорожденнымъ („зазорнымъ“ дѣтямъ) гораздо справедливѣе и умнѣе, чѣмъ система, принятая сводомъ и татарскими обычаями.

6) Обращаясь затѣмъ къ характеристикѣ завѣщательнаго порядка наслѣдованія по народнымъ обычаямъ, мы опять встрѣчаемся съ такими особенностями, которыя объясняются только своеобразнымъ имущественнымъ бытомъ крестьянства. Во-первыхъ, завѣщанія вообще встрѣчаются у крестьянъ довольно рѣдко и крестьяне такимъ образомъ объясняютъ это явленіе: „у большинства всего кусокъ хлѣба да рубаха, что тутъ завѣщать“ (V, 393). Во-вторыхъ, свобода выбора наслѣдника весьма ограничена въ крестьянскомъ быту. Крестьяне полагаютъ, что завѣщать имуще-

---

[1]) Сборн. нар. юрид. обыч. архангельск. губ., стр. 53.
[2]) Цисманъ, Das Eherecht. d. orient. Kirche, S. 724.

ство другому лицу, помимо законныхъ наслѣдниковъ, нельзя (III, 117), что нельзя распоряжаться въ завѣщаніи родовымъ имуществомъ (IV, 188), что нельзя въ завѣщаніи обойдти совсѣмъ сына: „этой неправды міръ допустить не можетъ“ (II, 143). Въ полтавской губерніи завѣщанія въ пользу одного наслѣдника изъ многихъ не принимаются (IV, 660). Вотъ почему въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ, помимо бѣдности населенія, завѣщанія или вовсе не встрѣчаются (VI, 19) или давно уже не были, хотя обычай не воспрещаетъ завѣщать благопріобрѣтенное имущество каждому (IV, 3). А тамъ, гдѣ они бываютъ, народъ смотритъ на нихъ только какъ на устную память умирающаго, данную имъ при свидѣтеляхъ относительно порядка распредѣленія наслѣдства между законными наслѣдниками (V, 418). При этомъ обязательная сила завѣщаній имѣетъ значеніе преимущественно нравственное, а не юридическое. Завѣщаніе—„святой законъ“ отцовское благословеніе (V, 418). Устное завѣщаніе—„святой законъ“, (VI, 54). Вѣроятно поэтому словесныя завѣщанія имѣютъ болѣе силы, чѣмъ письменныя, какъ болѣе соотвѣтствующія „отцовскому благословенію“, когда умирающій выражаетъ свою волю о раздѣлѣ имущества между дѣтьми (IV, 659). Правда, крестьяне придерживаются того взгляда, что оскорбительные поступки дѣтей даютъ родителямъ право эксгередаціи [1]); но и это право признается не безусловно. Напр. въ полтавской губерніи, если кто изъ законныхъ наслѣдниковъ лишенъ былъ своей доли по завѣщанію, то волостной судъ опредѣляетъ ему извѣстную долю по своему усмотрѣнію (IV, 660).

Въ-третьихъ, замѣчательно, что завѣщанія крестьянъ обыкновенно содержатъ распоряженія, не отступающія отъ духа обычаевъ относительно законнаго порядка наслѣдованія, а напротивъ подтверждающія примѣненіе обычныхъ началъ къ каждому данному случаю. Такъ, мы упоминали о взглядѣ крестьянъ на положеніе солдата въ семьѣ. Въ этомъ смыслѣ мы встрѣчаемъ завѣщаніе объ устраненіи сына-солдата отъ наслѣдства, такъ какъ онъ не хочетъ работать и тиранитъ другихъ членовъ семьи, утверждая, что онъ долженъ быть старше всѣхъ, какъ „человѣкъ заслуженный“ (V, 488). Мы упоминали также объ общности имущества супруговъ, какъ результатѣ совмѣстнаго ихъ труда, и влія-

¹) Сборн. нар. юрид. обыч. архангельск. губ., стр. 70.

нія этого обстоятельства на наслѣдственное право. Въ этомъ смыслѣ встрѣчаемъ такого рода завѣщаніе: отецъ опредѣляетъ, что извѣстное имущество должно перейти исключительно къ его дѣтямъ отъ перваго брака, такъ какъ оно было нажито съ ихъ матерью (V, 272). О завѣщаніяхъ въ пользу женъ мы упоминали прежде. И въ этомъ отношеніи современные обычаи крестьянъ воспроизводятъ юридическій бытъ древней Россіи: и тогда, хотя законъ не стѣснялъ гражданъ въ выборѣ наслѣдниковъ, но мѣсто закона занималъ обычай и потому всѣ древнія завѣщанія не отступаютъ отъ обычнаго порядка наслѣдованія, но напротивъ подтверждаютъ его, какъ видно изъ подробнаго разбора ихъ у Бѣляева [1]).

Въ четвертыхъ, необходимо имѣть въ виду, что подъ именемъ завѣщаній у крестьянъ извѣстны многіе такого рода акты, которые въ юридическомъ смыслѣ не суть завѣщанія, а другаго рода акты. Такъ, крестьяне въ одной мѣстности заявляютъ что завѣщаній въ собственномъ смыслѣ у нихъ не бываетъ, но члены семьи заключаютъ между собою договоры о томъ, какое имущество кому должно поступить по смерти того или другаго изъ нихъ (V, 545). Крестьянинъ дѣлаетъ завѣщаніе въ пользу брата съ тѣмъ, что послѣдній долженъ кормить его и жену его до ихъ смерти, а если назначенный наслѣдникъ умретъ прежде завѣщателя, то жена и дѣти его принимаютъ на себя ту же обязанность относительно завѣщателя и жены его (V, 522). Старикъ поселяется въ домѣ другаго крестьянина, вноситъ туда свое имущество съ договоромъ, чтобъ его кормили до смерти, а потомъ наслѣдовали его имущество. Въ случаѣ ссоры онъ можетъ забрать свое имущество и уйти (I, 199). Завѣщаніе дѣлается подъ условіемъ, чтобъ наслѣдникъ кормилъ завѣщателя до его смерти (I, 620, 673; II, 586; IV, 35; V, 427, 521). Ясно, что тутъ мы имѣемъ дѣло не съ завѣщаніями въ техническомъ смыслѣ, а разнаго рода договорами, извѣстными и въ германскомъ обычномъ правѣ подъ именемъ Leibzucht и т. п. При такихъ сдѣлкахъ нерѣдко завѣщаемое имущество переходитъ въ руки наслѣдника уже при жизни завѣщателя, обыкновенно съ момента заключенія сдѣлки. Волостной судъ признаетъ полную силу такихъ завѣщаній и отказываетъ въ просьбахъ объ ихъ уничтоженіи (II, 21). Любо-

[1]) О наслѣдствѣ безъ завѣщанія по др. русск. законамъ, стр. 52 и сл.

пытно, что подобные договоры въ видѣ завѣщаній свойственны у насъ не одному крестьянскому сословію, но встрѣчались и въ практикѣ общихъ судовъ прежняго устройства [1]).

Мы упоминали уже прежде о другомъ видѣ обычныхъ завѣщаній, неизвѣстномъ нашему своду, именно объ условныхъ завѣщаніяхъ и договорахъ о наслѣдствѣ по поводу ожидаемаго брака (Erbverträge). Бываютъ и такіе акты, въ которыхъ два лица дѣлаютъ одно общее завѣщаніе въ пользу одного наслѣдника, напр., мужъ и жена въ пользу ребенка (V, 521). Такимъ образомъ мы видимъ, что по богатству правовыхъ формъ актовъ о переходѣ наслѣдства обычный бытъ крестьянъ несравненно богаче нашего оффиціальнаго правоваго быта, регулируемаго сводомъ: послѣдній знаетъ только одну изъ римскихъ формъ актовъ mortis causa, тогда какъ обычаи крестьянъ сохранили отъ до-петровскаго времени многія другія формы, встрѣчаемыя въ правѣ западно-европейскихъ народовъ. Завѣщанія однакожъ не служатъ здѣсь, какъ въ римскомъ правѣ и по своду, способомъ выраженія неограниченной свободной воли лица относительно выбора наслѣдника, но облегчаютъ конкретное осуществленіе обычныхъ правовыхъ понятій, и тѣ ограниченія, которыя понятія эти налагаютъ на индивида относительно перехода его имущества послѣ его смерти, нисколько не отмѣняются силой завѣщаній.

Въ заключеніе очерка обычаевъ по наслѣдованію напомнимъ еще читателю роль выдѣла въ обычномъ правѣ. Выдѣлъ есть антиципированное наслѣдованіе и по своду онъ зависитъ всецѣло отъ усмотрѣнія лица выдѣляющаго. Московская судебная палата, какъ мы видѣли, полагаетъ, что и въ крестьянскомъ быту никто не можетъ требовать выдѣла изъ семейнаго имущества при жизни домовладыки. Но мы указали уже на юридическую неправильность этого взгляда тамъ, гдѣ дѣло идетъ объ общей семейной собственности, а не объ имуществѣ, принадлежащемъ лично главѣ семьи. Волостной судъ справедливо смотритъ на этотъ вопросъ иначе. При уважительныхъ обстоятельствахъ онъ допускаетъ выдѣлъ сына помимо воли отца. Напр., встрѣчаемъ дѣло такого рода. Отецъ въ глубокой старости взялъ другую жену и та имъ заправляетъ. Вслѣдствіе этого онъ не хочетъ ничего выдѣлить сыну отъ перваго брака, несмотря на то, что тотъ много работалъ

---

[1]) См. сборн. рѣш. сената, т. II, № 716.

на семью, подъ предлогомъ будто сынъ не оказываетъ ему почтенія. Въ подтвержденіе этого старикъ не представилъ никакихъ доказательствъ, ссылаясь на то, что „какъ онъ родитель“ (крестьянскій Китъ Китычъ!). Волостной судъ по просьбѣ сына выдѣлилъ ему часть изъ общаго семейнаго имущества (I, 651). Подобныя рѣшенія встрѣчаемъ и въ другихъ мѣстахъ (VI, 26, 41). Мы видѣли прежде, что волостной судъ и другими способами защищаетъ права дѣтей противъ произвола родителей, опредѣляя имъ отъ послѣдняго или пропитаніе или вознагражденіе за работу.

Здѣсь мы невольно наталкиваемся на вопросъ о юридическомъ и экономическомъ значеніи крестьянскихъ семейныхъ раздѣловъ. Недавно министерство государственныхъ имуществъ опять возбудило вопросъ объ ограниченіи свободы крестьянскихъ раздѣловъ, главнымъ образомъ разумѣется въ видахъ обезпеченія интересовъ казны по взысканію податей, такъ какъ большая семья представляетъ больше гарантій въ этомъ отношеніи, чѣмъ малая. При этомъ имѣется въ виду между прочимъ допускать раздѣлы не иначе, какъ по согласію главы семьи [1]). Если сообразить данныя, представляемыя трудами коммисіи по этому предмету, то увидимъ слѣдующее. Одной изъ главныхъ причинъ раздѣловъ, какъ мы видили уже, служитъ жалкое, безвыходное положеніе крестьянки-невѣстки въ большой семьѣ и стремленіе женщинъ къ обзаведенію отдѣльнымъ хозяйствомъ, изъ этого витекающее. Въ связи съ этимъ находится т.-наз. снохачество, самое вопіющее проявленіе отцовскаго деспотизма относительно личныхъ правъ сына и невѣстки. Волостной судъ признаетъ снохачество законнымъ основаніемъ къ раздѣлу, независимо отъ наказанія виновныхъ (III, 394). По мнѣнію крестьянъ, не будь круговой поруки обществъ въ платежѣ податей, общество никогда не стѣсняло бы раздѣловъ (III, 201). Ели иные суды не принимаютъ просьбъ дѣтей о выдѣлѣ, то только потому, что безъ раздѣла подати исправнѣе вносятся (II, 156). Спрашивается, какъ долженъ законодатель въ виду этихъ фактовъ относиться къ раздѣламъ? Конечно, если смотрѣть на крестьянина исключительно какъ на рабочую силу, видѣть его призваніе и такъ сказать raison d'être единственно въ томъ, что онъ обязанъ вносить установленныя подати и исполнять разныя повинности, тогда слѣдуетъ удержать на вѣки вѣч-

---

[1]) Суд. Вѣстн. 1874 г., № 162.

ные систему круговой поруки и вмѣстѣ съ тѣмъ совершенно воспретить или чрезвычайно ограничить возможность раздѣловъ. Подобно тѣмъ палатамъ государственныхъ имуществъ, которыя въ сороковыхъ годахъ смотрѣли на обычаи и потребности народа, какъ на „грубые предразсудки“ и видѣли призваніе начальства единственно въ изысканіи мѣръ къ исправнѣйшему взносу податей можно и теперь стать на такую же точку зрѣнія. Но не забудемъ что съ сороковыхъ годовъ много воды утекло и за крестьянами признано закономъ право на свободное, человѣческое существованіе. Возможно ли въ виду теперешняго положенія сельскаго населенія установить правило о томъ, что раздѣлы могутъ имѣть мѣсто только по желанію „большака“, когда съ одной стороны опытъ доказываетъ, что раздѣлъ служитъ часто единственнымъ способомъ избавленія младшихъ членовъ семьи отъ возмутительной эксплуатаціи и даже преступныхъ посягательствъ (снохачество) этого большака, а съ другой стороны законъ признаетъ крестьянина полноправнымъ гражданиномъ, котораго личныя и имущественныя права подлежатъ защитѣ закона, наравнѣ съ правами лицъ другихъ состояній? Пока крестьянинъ былъ вещью, которой помѣщикъ и начальство распоряжались по своему усмотрѣнію, съ цѣлью извлеченія возможно бо́льшихъ доходовъ, не трудно было принести въ жертву казенному интересу личность, трудъ и имущество крестьянскаго filius familias'а, отдавъ его на произволъ „большака“. Но теперь, когда этотъ самый крестьянскій сынъ не только защищается закономъ въ своихъ обыкновенныхъ гражданскихъ правахъ, но можетъ (въ качествѣ присяжнаго засѣдателя или мироваго судьи) располагать важнѣйшими интересами лицъ другихъ состояній, не странно-ли установить для него такой порядокъ вещей, который въ сущности есть другой видъ крѣпостнаго права— закрѣпощенія семьѣ? Не странно ли, что законъ такимъ образомъ будетъ поощрять, въ видахъ фискальныхъ интерессовъ, тиранію и даже преступленія большаковъ, которыя дознано опытомъ, неразрывно связаны съ юридической нераздѣльностью крестьянской семьи? Выше всякихъ фискально-административныхъ интересовъ, выше даже чѣмъ хозяйственные интересы самаго крестьянскаго населенія, должны стоять для законодателя, если онъ не хочетъ уклониться совершенно отъ основныхъ началъ крестьянской реформы, соображенія чисто-правовыя, огражденіе личности и имущества каждаго крестьянина отъ семейнаго самодурства, этой язвы

въ жизни нашего народа. Если и желательны мѣры къ затрудненію раздѣловъ, то онѣ должны заключаться не въ отдачѣ младшихъ на произволъ старшихъ, а наоборотъ въ огражденіи законныхъ интерессовъ первыхъ отъ посягательства послѣднихъ. Когда дана будетъ возможность каждому члену семьи отыскивать свои имущественныя права (доли семейнаго капитала) не только въ волостномъ, но и въ общемъ судѣ; когда подобнымъ же образомъ ограждены будутъ интересы снохи на случай смерти невыдѣленнаго ея мужа; когда буйство въ семьѣ найдетъ болѣе энергическое противодѣйствіе со стороны суда, чѣмъ мы видимъ въ настоящее время, тогда устранены будутъ самыя причины, производящія теперь большую часть раздѣловъ, а не насильственно и внѣшнимъ образомъ поддержано будетъ юридическое единство семьи при внутреннемъ ея разложеніи. Ни въ какомъ случаѣ нельзя допустить, по нашему мнѣнію, чтобы возможность раздѣла зависѣла отъ безконтрольнаго произвола главы семьи: окончательное сужденіе по этому предмету должно быть предоставлено посторонней, безпристрастной власти—судебной или общественно-административной.

Здѣсь кстати будетъ указать въ нѣсколькихъ словахъ вліяніе существующей податной системы на юридическій бытъ крестьянъ (объ экономической сторонѣ этого предмета разумѣется мы не будемъ говорить здѣсь). Какъ общее правило дѣятельности волостнаго суда, можно принять слѣдующее заявленіе, сдѣланное въ одной мѣстности. Волостной судъ принимаетъ въ соображеніе не обычаи, которыхъ мало, а человѣка (т. е. личныя качества сторонъ) и охраняетъ себя отъ платежа за недоимщиковъ (VI, 384). Крестьянинъ вполнѣ сознаетъ, что при нынѣшнемъ положеніи вещей его главная функція въ общественномъ организмѣ заключается въ платежѣ податей; поэтому въ оцѣнкѣ своей личности онъ никогда не забываетъ, что личность эта — главнымъ образомъ податная единица. Отсюда тотъ весьма характеристичный фактъ, что волостной судъ принимаетъ за мѣру личной чести крестьянина при искахъ объ оскорбленіяхъ—годовой окладъ податей обиженнаго (VI, 160). За побои, нанесенные крестьянкѣ, взыскано безчестье въ размѣрѣ двойнаго оклада податей ея мужа, (I, 447). Есть волости, въ которыхъ принято за общее правило: за обиду взыскать двойной окладъ податей обиженнаго (IV, 123).

По экономическимъ условіямъ крестьянскаго быта доходъ съ

земельнаго надѣла нерѣдко равняется (а иногда и ниже) лежащимъ на немъ повинностямъ и платежамъ. Отсюда правовой обычай такого рода. Если земельный надѣлъ одного лица находится во владѣніи другаго по законному основанію, то послѣдній обязанъ исполнять лежащія на земельномъ участкѣ повинности, но не обязанъ платить какое-либо вознагражденіе въ пользу перваго. Поэтому земельные участки солдатъ остаются въ ихъ семействахъ или отдаются обществомъ другимъ лицамъ, а вернувшійся со службы солдатъ не можетъ требовать вознагражденія съ владѣльца его участка, ибо послѣдній исполнялъ повинности, на участкѣ лежащія (III, 48).

Какъ въ древнеримскомъ правѣ жена, дѣти, рабы и имущество римскаго гражданина составляли подъ именемъ familia одно цѣлое, ему принадлежавшее на неограниченномъ правѣ dominium, такъ у нашего крестьянина жена, дѣти (въ качествѣ рабочихъ рукъ составляющія главное его достояніе), земельный участокъ, скотъ и хозяйственныя принадлежности составляютъ нѣчто цѣлое, въ которомъ однакоже на первый планъ выступаетъ не dominium владѣльца, а права государства, т.-е. обязанность платежа податей и отправленія повинностей, лежащая на хозяйствѣ крестьянина-плательщика. Отсюда, напр., такого рода сдѣлка. Крестьянинъ женится на вдовѣ другаго, получаетъ во владѣніе его земельный участокъ, домъ и хозяйство, рабочія силы жены и дѣтей, и за то принимаетъ на себя обязанность отправлять повинности умершаго до новой ревизіи и исключенія умершаго изъ оклада (VI, 155). Любопытно, что такія правоотношенія ведутъ свое начало у насъ съ отдаленныхъ временъ. Съ одной стороны, встрѣчаемъ въ старинныхъ актахъ (какъ указано въ другомъ мѣстѣ) указанія на случаи, когда мужъ виндицируетъ свою жену „съ дѣтьми и съ животы" изъ владѣнія другаго лица, за котораго она вышла; съ другой стороны въ грамотѣ великаго князя литовскаго Александра мѣщанамъ г. Кіева (1494 г.) встрѣчаемъ слѣдующее правило: „кто беретъ мѣщанку вдову съ домомъ, тотъ несетъ предъ казной повинности на этомъ домѣ лежащія" [1]).

Г. Зарудный удивляется тому обстоятельству, что во многихъ волостяхъ существуетъ особый разрядъ судебныхъ дѣлъ о наказаніи розгами крестьянъ по заявленіямъ сельскихъ старостъ о

---

[1]) Акты Ист. Зап. Росс., т. I, стр. 144

неплатежѣ ими податей. Онъ справедливо указываетъ на то, что порядокъ этотъ не имѣетъ основанія въ законѣ [1]). Но дѣло въ томъ, что пока существуетъ система круговой отвѣтственности обществъ по отбыванію повинностей, неисправность того или другаго крестьянина по платежу податей не можетъ не считаться важнѣйшимъ проступкомъ въ глазахъ крестьянскаго суда и администраціи; нѣтъ ничего удивительнаго поэтому, что указанный проступокъ преслѣдуется весьма строго сельскими обществами и, какъ органомъ ихъ, волостными судами. Если законъ допускаетъ употребленіе розогъ въ крестьянскомъ быту, то не естественно ли ожидать, что онѣ будутъ примѣняемы всего чаще и энергичнѣе къ тѣмъ проступкамъ, которые нарушаютъ права не того или другаго отдѣльно-потерпѣвшаго лица, а всего общества, заставляя всѣхъ односельчанъ отвѣчать своей кровной копѣйкой за нерадѣніе, пьянство и лѣность виновнаго?

Финансово-экономическія условія крестьянскаго быта имѣютъ замѣтное вліяніе и на договорныя правоотношенія между крестьянами. Крестьяне справедливо признаютъ, что личность и имущество ихъ существуютъ главнымъ образомъ для ихъ пропитанія, т.-е. поддержанія необходимой для страны рабочей силы, и затѣмъ для отбыванія казенныхъ повинностей. Поэтому договору, какъ третьему элементу, могущему имѣть вліяніе на имущественный бытъ крестьянина, сообразно доброй волѣ обязавшагося лица, они придаютъ обязательную силу только въ той мѣрѣ, въ какой требованія его не противорѣчатъ первымъ двумъ моментамъ. Другими словами: по обычному праву крестьянинъ можетъ свободно располагать своимъ трудомъ и имуществомъ только въ томъ случаѣ, если этимъ не нарушаются его обязанности по отбыванію повинностей и пропитанію семьи. Какъ по римскому праву наслѣдство, т.-е. свободное имущество, переходящее на извѣстномъ законномъ основаніи отъ одного лица къ другому, понималось какъ остатокъ за вычетомъ долговъ перваго владѣльца (hereditas non intelligitur nisi deducta aere aliena), такъ у нашего крестьянина свободнымъ его имуществомъ, подлежащимъ распоряженію по договорамъ и другимъ актамъ, считается лишь остатокъ за вычетомъ лежащихъ на немъ реальныхъ повинностей (bona non intelliguntur nisi deducta aere aliena), съ тѣмъ отличі-

[1]) Журн. гражд. и угол. права, 1875, кн. 2, стр. 199.

емъ, что долги тутъ не частно-правоваго, а болѣе общественнаго и государственнаго характера. На этомъ основаніи волостной судъ, уничтожаетъ договоръ аренды земли по тому соображенію, что договоръ этотъ весьма невыгоденъ для наймодавца, и онъ не можетъ прокормить своей семьи безъ отданной въ наемъ земли (III, 341). Кредитору отказывается въ разсмотрѣніи его иска впредь до уплаты должникомъ числящихся за нимъ казенныхъ недоимокъ (II, 485). Такія рѣшенія представляются крайне странными съ точки зрѣнія нашихъ юридическихъ понятій, но они совершенно справедливы въ виду особенныхъ условій крестьянскаго быта.

Если дана подписка сельскому старостѣ о томъ, что опредѣленное имущество должно служить для уплаты податей владѣльца, то учиненная въ противность этому продажа даннаго имущества недѣйствительна; имущество отбирается отъ покупщика, а послѣдній можетъ требовать своихъ денегъ съ продавца (III, 49).

Мы подошли такимъ образомъ, къ послѣднему отдѣлу гражданскаго обычнаго права, договорному или обязательственному праву. Въ связи съ указаннымъ только-что вліяніемъ экономическихъ соображеній на обязательную силу договора по понятіямъ крестьянъ, мы остановимся прежде всего на томъ, какъ относятся народные обычаи къ элементарному вопросу обязательственнаго права—въ какой мѣрѣ вообще договоръ рождаетъ обязанность исполненія и каковы послѣдствія неисполненія его обязавшимся лицомъ? Для человѣка, воспитаннаго исключительно на тѣхъ правовыхъ понятіяхъ, которыя усвоены современнымъ законодательствомъ всѣхъ цивилизованныхъ народовъ, самая постановка такихъ вопросовъ кажется чѣмъ-то въ родѣ толченія воды. Предполагается общепризнаннымъ, что всякій договоръ и обязательство производятъ обязанность исполненія и что въ случаѣ нарушенія противная сторона можетъ требовать понужденіе къ исполненію (ст. 570 зак. гр.). Но исторія права доказываетъ намъ, что было время, когда всѣ народы держались другаго воззрѣнія на этотъ предметъ. Какъ римское, такъ и германское право знаютъ институтъ, извѣстный подъ именемъ jus poenitendi и Reuerecht, сущность котораго заключается въ слѣдующемъ. Одно соглашеніе сторонъ еще не производитъ обязательства исполненія того, что́ условлено; необходимо, чтобъ къ соглашенію присоединилось еще или соблюденіе извѣстныхъ формальностей, знаменующихъ окончательное совершеніе договора (напр., битье по рукамъ, магарычъ,

передача изъ полы въ полу), или полное исполненіе однимъ контрагентомъ своихъ обязанностей по договору, что́ даетъ ему право требовать такого же исполненія со стороны другаго контрагента. При отсутствіи этихъ условій каждый можетъ отступать отъ договора, теряя въ пользу другой стороны данный задатокъ и т. под. [1]). Рѣшенія волостныхъ судовъ раскрываютъ тотъ замѣчательный фактъ, до сихъ поръ необратившій на себя ничьего вниманія, что нашъ простолюдинъ до настоящаго времени стоитъ на этой первобытной точкѣ зрѣнія, совершенно оставленной современными законодательствами и вовсе неизвѣстной своду. При невозможности или затруднительности исполненія договора, волостной судъ освобождаетъ отъ этой обязанности съ тѣмъ, чтобъ вознаградить убытки противной стороны (I, 413). При неисполненіи договора можно требовать обратно данныхъ въ задатокъ денегъ (I, 493) и замѣчательно (при чтеніи рѣшеній волостныхъ судовъ нельзя не обратить вниманія на этотъ фактъ), что потерпѣвшій отъ неисполненіи договора крестьянинъ обыкновенно только и проситъ о возвращеніи задатка, вознагражденіи убытковъ и т. под., а не о понужденіи къ исполненію. Вообще сторона можетъ отказаться отъ исполненія договора и теряетъ задатокъ, если онъ ею былъ данъ или возмѣщаетъ убытки (I, 646). Если покупщикъ не уплатилъ въ срокъ покупной суммы, то договоръ считается несостоявшимся и онъ, смотря по обстоятельствамъ, или получаетъ обратно данный продавцу задатокъ или теряетъ его въ пользу этого послѣдняго (IV, 485; III, 40), Здѣсь мы имѣемъ замѣчательную аналогію съ германскимъ обычнымъ правомъ, по которому договоръ купли-продажи считается окончательно совершеннымъ только по передачѣ проданной вещи покупщику; до этого каждый изъ контрагентовъ можетъ отказаться отъ исполненія [2]).

Вообще относительно условій возможности уничтоженія силы договора, практика волостныхъ судовъ представляетъ прямую противоположность практикѣ общихъ судовъ. Тогда какъ въ этихъ послѣднихъ, руководствующихся сводомъ, почти невозможно добиться отступленія отъ принципа обязательности формальноправильнаго договора по самымъ вѣскимъ основаніямъ, народный судъ придерживается относительно этого предмета такихъ началъ, которыя почти во всемъ сходятся съ принципами науки права и

[1]) См. Гоффмана, Die Entstehungsgründe der Obligationen etc. 1874, s. 21 ck.

[2]) Графъ и Диттеръ, стр. 261.

западно-европейской юриспруденціи. Укажемъ на слѣдующія рѣшенія волостныхъ судовъ, не лишенныя интереса для характеристики юридическаго мышленія народа.

Долгъ кабатчику не можетъ быть предметомъ судебнаго разбирательства, но должникъ можетъ уплачивать его, не разоряя своего хозяйства (указаніе на то, что договоръ имѣетъ силу лишь относительно излишка имущества крестьянина), „если по своему убѣжденію признаетъ себя должнымъ“ (I,-175). Это довольно удачное примѣненіе къ данному случаю понятія obligatio naturalis.

Если договоръ запродажи не можетъ быть исполненъ безъ вины продавца (по несогласію сельскаго общества на продажу), то продавецъ освобождается отъ отвѣтственности по договору, но вознаграждаетъ убытки покупщика, происшедшіе отъ его вины (II, 660). Тоже, если продажа не можетъ состояться вслѣдствіе обращенія на проданное имущество взысканія за недоимку въ податяхъ со стороны продавца, продажа недѣйствительна и покупщикъ можетъ требовать свои деньги (III, 49).

Работникъ можетъ отказаться отъ договора найма, если хозяинъ „мучаетъ его“ при работѣ и мѣшаетъ дѣлу (I, 79). Онъ не обязанъ платить хозяину условленнаго вознагражденія. если тотъ не исполняетъ обязанности обучать его ремеслу (I, 776).

Договоръ съ пьянымъ недѣйствителенъ и виновный въ пріобрѣтеніи имущества у пьянаго подвергается наказанію розгами (II, 432). Тоже въ другой мѣстности (V, 23, 217).

Правило о недѣйствительности договора съ пьянымъ существуетъ въ нашемъ обычномъ правѣ съ древнѣйшихъ временъ: о немъ упоминается уже въ псковской судной грамотѣ [1]); сводъ однакожъ не установляетъ такого правила.

Продажа можетъ быть уничтожена, если сообщены ложныя свѣдѣнія о качествахъ проданнаго скота (V, 10), или вещь проданная оказывается съ существенными недостатками, напр., лошадь съ сапомъ (III, 55). Недѣйствительна далѣе продажа хлѣба, заимствованнаго продавцомъ изъ запаснаго магазина при неурожаѣ, такъ какъ заемъ этотъ дѣлается исключительно для собственнаго употребленія, а не для перепродажи, но покупщикъ, возвращая хлѣбъ, можетъ требовать уплаченныхъ за него денегъ (IV, 556). Болѣзнь работника даетъ ему право требовать уничтоженія

---

[1]) Неволинъ, исторія росс. гражд. закон. § 384, 2.

договора найма (II. 565). Такимъ же образомъ наемъ работницы, молодой дѣвушки, можетъ быть уничтоженъ, если хозяинъ, какъ она жалуется, хочетъ ее соблазнить (V, 484). Вообще, если работникъ по основательнымъ причинамъ не желаетъ исполнить договоръ найма и оставаться у хозяина, то волостной судъ не принуждаетъ его къ этому, обязываетъ вознаградить хозяина за убытки (IV, 469, 529 и др.). Если, такимъ образомъ, въ ученіи объ уничтоженіи силы договора по основательнымъ причинамъ волостной судъ стоитъ гораздо выше практики общихъ судовъ (ибо во всѣхъ приведенныхъ случаяхъ рѣшенія его очевидно вполнѣ правильны), то съ другой стороны, къ неосновательному нарушенію договора, обнаруживающему недобросовѣстность контрагента, онъ относится гораздо строже, чѣмъ общіе суды, именно видитъ въ такомъ дѣяніи уголовный проступокъ, подлежащій наказанію независимо отъ вознагражденія убытковъ. Нарушеніе договора признается иногда за „явное мошенничество“ и подвергаетъ наказанію розгами (I. 396). Самовольное оставленіе хозяина подвергаетъ работника такому же наказанію (I. 439, 470, 495, 701) или аресту (I, 484; III, 70; V, 132). За неисполненіе подряда соединенное съ обманными обѣщаніями виновный наказанъ 20 розгами (VI, 26); тоже за продажу чужой земли (VI, 99). Рѣшенія эти волостной судъ мотивируетъ въ одномъ дѣлѣ такимъ образомъ: нарушеніе договора всегда влечетъ къ дурнымъ послѣдствіямъ и предоставляетъ прочимъ рабочимъ воспользоваться такимъ же противозаконнымъ и самовольнымъ поступкомъ“; а потому виновные въ нарушеніи договора найма наказаны розгами (VI, 547). Понятіе объ уголовной наказуемости нарушенія договора извѣстно было и древне-русскому праву, признававшему, напр., неплатежъ долга за уголовный поступокъ [1]). Ясно, что въ обоихъ отношеніяхъ волостной судъ правильнѣе, по крайней мѣрѣ съ точки зрѣнія крестьянскаго быта, разрѣшаетъ вопросы, относящіеся къ предмету уничтоженія и нарушенія договоровъ, чѣмъ практика общихъ судовъ. Неосновательное и самовольное нарушеніе договора онъ преслѣдуетъ не только гражданскимъ но и уголовнымъ порядкомъ. Это весьма важно въ видахъ противодѣйствія незаконному нарушенію договоровъ, составляющему такое серьёзное зло въ экономическомъ быту народа. Съ иного крестьянина въ гражданскомъ порядкѣ ничего не

[1]) Суховъ въ Юрид. Вѣст. 1874 г. кн. 1, 87; кн. 3, 11.

возьмемъ, по неимѣнію имъ никакой личной собственности; притомъ же обременять его взысканіями значитъ затруднять ему возможность пропитанія семьи и отбыванія повинностей, чего волостной судъ, по понятнымъ причинамъ, всячески избѣгаетъ. Такимъ образомъ, уголовное наказаніе за нарушеніе договора представляется въ крестьянскомъ быту и болѣе цѣлесообразнымъ и болѣе справедливымъ, чѣмъ имущественная отвѣтственность. Съ другой стороны, извѣстно, что въ настоящее время западно-европейскія законодательства, равно какъ и наука, все болѣе и болѣе склоняются въ пользу мнѣнія о необходимости уголовной наказуемости нарушенія договора найма (преимущественно со стороны фабричныхъ рабочихъ). Нашъ волостной судъ, какъ видимъ, разрѣшилъ въ утвердительномъ смыслѣ эту наиболѣе жгучую часть рабочаго вопроса, придерживаясь исконнаго народнаго воззрѣнія, что неисполненіе договора безъ основательныхъ причинъ есть „явное мошенничество".

Но отвергая *самовольное* неисполненіе договора, волостной судъ проводитъ другое, еще болѣе правильное и безспорное въ наукѣ права начало, неизвѣстное однакожъ нашему оффиціальному праву, по которому всякій договоръ можетъ быть уничтоженъ судомъ по основательнымъ причинамъ, оцѣнка коихъ принадлежитъ суду. Какъ волостной судъ пользуется своимъ правомъ мы видѣли изъ сопоставленныхъ выше рѣшеній, которыя всѣ соотвѣтствуютъ требованіямъ юридической логики и здраваго смысла. Такимъ образомъ, упрекъ, который такъ часто дѣлается нашему простолюдину, что онъ не имѣетъ никакого понятія о святости договора, непримѣнимъ къ волостнымъ судьямъ, дѣлающимъ съ своей стороны довольно много для поддержанія обязательной силы договоровъ.

Изъ отдѣльныхъ видовъ договоровъ всего болѣе установилось обычаевъ (какъ замѣчаетъ одинъ мировой посредникъ относительно полтавской губерніи) въ отношеніи личнаго найма, что совершенно естественно при бѣдности массы и маломъ числѣ принадлежащихъ ей правъ на вещи [1]). Личный трудъ составляетъ главный источникъ дохода крестьянина, договоры о продажѣ этого труда наиболѣе часто встрѣчаются въ его быту, поэтому и обычныя опредѣленія о наймѣ болѣе многочисленны. Кромѣ указан-

[1]) Наблюденія мироваго посредника (Основа 1862 г., кн. 2), стр. 29.

ныхъ прежде рѣшеній относительно причинъ, освобождающихъ отъ исполненія найма. укажемъ еще на рѣшенія волостныхъ судовъ, относящіяся къ личному найму, въ которыхъ признаны слѣдующія начала. По неисполненію хозяиномъ своихъ обязанностей къ ученику судъ даетъ послѣднему право уйдти отъ него и всѣ договорныя отношенія между ними прекращаются (V, 233). Если работникъ отказывается отъ найма до срока, то, смотря по обстоятельствамъ, его или заставляютъ дожить до срока или разсчитываютъ за прожитое время (VI, 258, 267). Дурное обращеніе хозяина освобождаетъ работника отъ найма (II, 596).

По обычаямъ полтавской губерніи, нарушеніе договора найма со стороны работника можетъ повлечь для него лишеніе заработанной уже части наемной платы, а со стороны хозяина—обязанность заплатить работнику за все условленное время (IV, 664). Вознагражденіе убытковъ хозяина отъ нарушенія договора найма его работникомъ можетъ состоять въ томъ что судъ предоставляетъ хозяину нанять другаго работника насчетъ виновнаго (II, 187). Этого весьма разумнаго правила нѣтъ въ сводѣ, но оно допускается судебной практикой другихъ странъ (какъ вообще исполненіе договора насчетъ неисправнаго контрагента).

При доказанности работы хозяинъ долженъ доказать съ своей стороны производство платежа за эту работу, хотя бы доказанность работы основывалась на личномъ сознаніи хозяина, отрицающаго фактъ неплатежа (I, 34; II, 98). Практика нашихъ общихъ судовъ, какъ извѣстно, довольно строго придерживается принципа нераздробляемости сознанія; а вообще можно встрѣтить немало рѣшеній новыхъ судовъ, въ которыхъ проводится слѣдующій взглядъ: доказанность работы не даетъ еще право заключать о долгѣ, т.-е. неплатежѣ за эту работу. Истецъ долженъ доказать не только производство имъ работы для отвѣтчика, но и то, что за работу тотъ ему не платилъ и обязанъ платить. Нечего говорить, что взглядъ волостнаго суда болѣе соотвѣтствуетъ естественной справедливости; юристы знаютъ, что онъ болѣе соотвѣтствуетъ и выводамъ науки права.

Волостной судъ признаетъ также слѣдующее начало. „Наниматель долженъ дать работнику дѣло и если у него работы не было, то долженъ содержать работника до условленнаго срока и платить ему жалованье" (I, 197), Практика общихъ судовъ придерживается противнаго начала. По мнѣнію петербургской судеб-

ной палаты по дѣлу Шиклера, хозяинъ не отвѣчаетъ по договору найма если не воспользовался работой нанимаемаго, хотя бы по собственной винѣ. Окружный судъ по этому дѣлу высказалъ еще то крайне оригинальное мнѣніе, что въ договорѣ должно быть выражено, что наниматель не вправѣ отказать нанимаемому до срока, безъ чего наниматель пользуется этимъ правомъ. Не подлежитъ сомнѣнію, что (какъ было уже указано редакціей Суд. Вѣстника) рѣшеніе это неправильно [1]). По римскому праву, нанимающій не теряетъ своего права на вознагражденіе отъ того, что наниматель не могъ или не хотѣлъ воспользоваться его трудомъ, если трудъ этотъ не былъ утилизированъ нанимающимся какимъ-нибудь другимъ образомъ [2]). Рѣшенія волостнаго суда стоятъ въ сущности на этой же точкѣ зрѣнія и вполнѣ справедливы, тогда какъ взглядъ палаты отдаетъ нанимающихся на произволъ легкомыслію и недобросовѣстности нанимателей.

Наниматель не вправѣ передать договоръ найма другому лицу безъ согласія нанимающагося (V, 454). Это правило вытекаетъ изъ личнаго характера договора найма и не подлежитъ сомнѣнію или оспориванію.

Если хозяинъ, давъ приказаніе работнику, не выразился съ достаточной ясностью, и слѣдствіемъ этого было то, что работникъ нанесъ вредъ чужому имуществу, то за вредъ этотъ отвѣчаетъ не работникъ, а хозяинъ (VI, 575). По своду вопросъ этотъ сомнителенъ. По ст. 687 з. гр. господа отвѣчаютъ за убытки, причиненные ихъ слугами при исполненіи ихъ приказаній сообразно съ порученіями, которыя даны имъ господами. Эти выраженія довольно неопредѣленны и не разрѣшаютъ положительно вопроса о томъ, кто отвѣчаетъ за убытки, происшедшіе отъ неясности даннаго слугѣ приказанія. По ст. 2235 з. гр. опредѣляетъ, что за убытки, причиненные слугами, хозяева отвѣчаютъ только въ томъ случаѣ, когда убытки произведены по ихъ приказанію; въ противномъ случаѣ отвѣчаютъ сами виновные. Изъ этой статьи можно заключить, что, по мысли закона, хозяинъ отвѣчаетъ только за послѣдствія тѣхъ приказаній слугѣ, которыя ясно и прямо предписывали ему совершить такое дѣяніе, послѣдствіемъ коего было нанесеніе вреда другому лицу. Судебная практика наша,

---

[1]) Суд. Вѣстн. 1872, № 52.

[2]) Виндшейдъ, Pandekten (изд. 3-е), вып. II, § 401.

столь строгая относительно всѣхъ вообще вопросовъ объ отвѣтственности одного лица за дѣянія другаго, безъ сомнѣнія разрѣшаетъ упомянутый вопросъ въ смыслѣ, противоположномъ взгляду волостнаго суда; но этотъ послѣдній взглядъ болѣе справедливъ самъ по себѣ, ибо слуга во всякомъ случаѣ есть только орудіе нанимателя при исполненіи его порученій, и потому отвѣтственность хозяина должна подразумѣваться и при неясности его приказаній, и болѣе согласна съ началами европейской юриспруденціи, о чемъ распространяться здѣсь нѣтъ надобности.

Въ малороссіи вообще наймовъ на продолжительные сроки не бываетъ (болѣе года), но мальчики нанимаются, пока придетъ время женитьбы [1]). Значитъ, желаніе вступить въ бракъ прекращаетъ обязательную силу такихъ неопредѣленныхъ наймовъ. Это напоминаетъ сходный обычай у нѣмцевъ. По любекскому и гамбургскому праву, желаніе вступить въ бракъ во всякомъ случаѣ прекращаетъ силу личнаго найма, хотя бы и до срока и противъ воли хозяина (Freyen geht vor Miethe); причемъ уходящій работникъ разсчитывается за прожитое время по соразмѣрности. По нѣмецкимъ обычаямъ (сходно съ указанными выше рѣшеніями волостныхъ судовъ), болѣзнь, смерть супруга и другія непредвидѣнныя обстоятельства могутъ служить основаніемъ къ уничтоженію найма [2]). По своду (ст. 2239 з. гр.) болѣзнь не освобождаетъ отъ обязанности заслужить впослѣдствіи взятыя впередъ деньги, если онъ не въ состояніи деньги эти возвратить. Другія же обстоятельства, кромѣ болѣзни, вовсе не имѣютъ никакого вліянія на силу найма, что́ на практикѣ безъ сомнѣнія весьма стѣснительно и несправедливо.

Относительно купли-продажи укажемъ на слѣдующія данныя. Моментомъ совершенія купли считается не соглашеніе сторонъ, какъ по оффиціальному праву, но (сходно съ нѣмецкимъ обычаемъ, какъ упомянуто прежде) передача проданной вещи изъ полы въ полу (I, 113). Въ разныхъ мѣстностяхъ существуютъ разныя обыкновенія, характеризующія традицію проданной вещи. Напр., при покупкѣ лошади покупатель беретъ изъ рукъ продавца поводья, а при покупкѣ коровы или овцы—веревку, привязанную за рога.

---

[1]) Наблюденія мироваго посредника (Основа 1862 г., кн. 2), стр. 31.
[2]) Графъ и Диттеръ, стр. 182.

Рукобитье и правая пола кафтана есть символъ совершенія сдѣлки и перехода правъ на имущество [1]).

По свойственному всѣмъ народамъ на извѣстной ступени развитія воззрѣнію на недвижимую собственность, какъ принадлежность всей семьи, а не одного наличнаго владѣльца, нашъ народъ до сихъ поръ сохранилъ правило о выкупѣ всѣхъ вообще недвижимыхъ имуществъ, отчужденныхъ владѣльцемъ лицу другаго рода. Въ полтавской губерніи, по обычаю, какъ самъ продавецъ недвижимаго имущества, такъ и его наслѣдники, въ теченіи 10-ти лѣтъ со времени продажи, (давностный срокъ) имѣютъ право выкупа этого имущества (IV, 663). Понятіе о томъ, что давность покрываетъ возможность выкупа и служитъ такимъ образомъ единственнымъ способомъ окончательнаго, безповоротнаго укрѣпленія правъ на недвижимое имущество, пріобрѣтенное по договору, было свойственно первоначально и римскому праву (такова роль usucapio въ древнѣйшемъ правѣ) и германскому (значеніе Gewere и обычнаго періода владѣнія—Jahr und Tag).

Двойная продажа одного имущества имѣетъ своимъ послѣдствіемъ недѣйствительность второй сдѣлки; но, въ отступленіи отъ взгляда на уголовный характеръ мошенническихъ договоровъ (см. выше), двойная продажа не всегда влечетъ за собой уголовную отвѣтсвенность (III, 272; IV, 170). Объ этомъ правилѣ мы упомянемъ еще ниже.

Кто при пріемѣ купленнаго имущества не оспаривалъ его соотвѣтствія условіямъ договора, тотъ лишается права впослѣдствіи предъявлять таковой споръ, но долженъ уплатить всю цѣну (IV, 484). Этотъ взглядъ усвоенъ и иностранными законодательствами, особенно относительно торговыхъ сдѣлокъ купли-продажи.

Нѣтъ закона, говорится въ одномъ рѣшеніи, по которому крестьянинъ могъ бы продать послѣдній домъ (III, 66). Это вытекаетъ изъ указаннаго выше воззрѣнія, что имущество и трудъ крестьянина не находятся въ неограниченномъ его распоряженіи, а должны служить фондомъ обезпеченія для него и его семьи относительно пропитанія и отправленія повинностей, изъ чего слѣдуетъ, что отчужденіе имущества, противное этому требованію, недѣйствительно.

Встрѣчаемъ особеннаго рода договоры продажи, состоящіе въ

---

[1]) „Ж. М. Ю.“ 1862 г., т. I, стр. 45.

слѣдующемъ. Крестьянинъ продаетъ домъ со всѣмъ принадлежащимъ къ нему имуществомъ, но предоставляетъ себѣ право жить въ домѣ и пользоваться имуществомъ до своей смерти; тогда покупщикъ обязанъ похоронить его и имѣетъ право воспользоваться проданнымъ имуществомъ въ собственность (V, 487). Очевидно, тутъ нѣтъ продажи въ собственномъ смыслѣ, но нѣтъ и завѣщанія, а есть особаго рода договоръ Liebzucht, изъ числа тѣхъ, о которыхъ было говорено выше при разборѣ разныхъ формъ обычныхъ завѣщаній. Если эти сдѣлки являются въ одномъ мѣстѣ подъ видомъ завѣщанія, въ другомъ подъ видомъ купли-продажи, то это оттого, что онѣ соединяютъ признаки обоихъ этихъ родовъ negotia juris.

Недоплатившій въ срокъ за купленную вещь теряетъ право на вещь и данную часть покупной цѣны (VI, 80). Это находится въ связи съ обычнымъ jus poenitendi, о которомъ упомянуто выше.

Если купленная вещь имѣетъ существенные недостатки, то судъ, по жалобѣ покупщика, уменьшаетъ продажную цѣну соотвѣтственно стоимости вещи (II, 78). Это правило не имѣетъ аналогіи въ сводѣ, но справедливость его очевидна; она доказывается еще тѣмъ, что правило это извѣстно и римскому праву (actio quanti minoris) и почти всѣмъ новымъ законодательствамъ на Западѣ.

Отъ купли-продажи перейдемъ къ договору займа и вообще долговымъ обязательствамъ (обычаи, какъ и сводъ, не различаютъ между долгомъ, вытекающимъ изъ займа и изъ другаго основанія). Мы имѣли уже случай коснуться одной существенной особенности долговыхъ обязательствъ по обычному праву, именно того, что они большей частью дѣлаются заемщиками не на личныя потребности и на собственный страхъ, а на потребности семьи, вслѣдствіе чего солидарная отвѣтственность по такимъ долгамъ всѣхъ членовъ семьи предполагается обычаемъ. Здѣсь обратимъ прежде всего вниманіе на другую замѣчательную особенность обычнаго права по крайней мѣрѣ въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ— это право кредитора самовольно взыскивать долгъ съ имущества должника, попадающагося ему въ руки, или, точнѣе выражаясь, право детенціи имущества должника, какъ мѣра обезпеченія долга и понужденія къ платежу. Вотъ что сообщаетъ объ этомъ одинъ наблюдатель обычаевъ въ Малороссіи. „У южноруссовъ существуетъ обычай „правитъ“ и „грабуватъ“. Долгъ правится до тѣхъ

поръ, пока должникъ не уплатитъ его деньгами, той вещью, какую онъ взялъ, или пока онъ не пойдетъ на соглашеніе о замѣнѣ одной вещи другой. Грабуютъ же тогда, когда за неимѣніемъ у должника денегъ приходится брать у него вещи. Грабуетъ земская полиція, когда она угоняетъ скотъ или беретъ какую-нибудь движимость изъ имѣнія для продажи на пополненіе долга. Грабуютъ сборщикъ податей и староста, когда они уводятъ овцу у должника и берутъ у него одежду, съ тѣмъ, чтобъ продержать ее, пока хозяинъ принесетъ взыскиваемые долги. Наконецъ, грабуетъ самъ кредиторъ, когда онъ во дворѣ должника или въ другомъ какомъ-нибудь мѣстѣ беретъ его вещь и уноситъ ее къ себѣ. Въ названіи этомъ („грабежъ") нѣтъ ничего, оскорбляющаго чувство свободы. И это потому, что названіе и самое дѣйствіе взысканія разсчитаны на высокую честность, кротость и утонченное чувство справедливости, лежащія въ нравахъ южнорусскихъ простолюдиновъ. Въ грабуваніи нѣтъ физической силы, противъ которой невозможно сопротивленіе со стороны должника. Напротивъ, его самосудъ только потому и возможенъ, что должникъ всегда сознаетъ неправоту своего дѣла и молча подчиняется во имя нравственнаго закона волѣ своего кредитора... Это явленіе изъ жизни южнорусскаго народа заслуживаетъ вполнѣ серьезнаго вниманія историковъ-юристовъ. Указанный порядокъ взысканія долговъ примѣнялся не только въ гражданскомъ быту между частными лицами, но и въ распоряженіяхъ правительственныхъ. Такъ гетманъ Мазепа, въ 1703 году, предоставляетъ одному лицу право грабувать своихъ неисправныхъ должниковъ и „грабежей не ворочать до выкупленія ими". Какъ ни странной кажется намъ такая правительственная санкція насилія, но мы были бы несправедливы къ Мазепѣ, еслибъ не приняли во вниманіе вышесказаннаго о правахъ южнорусскаго народа [1]). Это было писано въ 1862 году. Но въ настоящее время обычай этотъ все болѣе и болѣе исчезаетъ и въ южной Россіи. Такъ въ одной волости крестьяне заявили, что еще нѣсколько лѣтъ назадъ существовалъ обычай „грабить", т.-е. забирать у неплательщика податей вещи и держать ихъ въ волостномъ правленіи до уплаты податей. За самовольное примѣненіе этого обычая къ частному долгу виновный наказанъ былъ розгами (V, 216, 217). Лишь въ одной волости

[1]) Наблюденія мироваго посредника (Основа 1862 г., кн. 2), стр. 26—28.

заявлено, что обычай этотъ существуетъ до сихъ поръ (V, 225). Обычай „грабежа“ напоминаетъ древнѣйшій самосудъ у всѣхъ народовъ, напр. древнеримское manus injectio, которое однако относилось къ личности должника, а не къ его имуществу. Дѣйствіе этого обычая не ограничивается Малороссіей. И въ другихъ мѣстахъ встрѣчаемъ воззрѣніе, что кредиторъ имѣетъ право задержать имущество должника въ обезпеченіе своего требованія, но онъ долженъ отдать имущество это на храненіе въ волостное правленіе (I, 414). Вообще обычаи допускаютъ какъ detentio въ обезпеченіе долга, такъ и зачетъ обоюдныхъ требованій, compensatio (II, 584; III, 236, 270; IV, 485). Самовольное взысканіе допускается при извѣстныхъ условіяхъ и для залогопринимателя относительно заложеннаго ему имущества. Такъ въ одной волости костромской губерніи залогоприниматель можетъ распоряжаться залогомъ съ разрѣшенія волостнаго правленія, если должникъ не выкупитъ его въ срокъ (III, 387). Въ одномъ случаѣ по жалобѣ кредитора на невыкупъ должникомъ залога въ теченіи 12-ти лѣтъ послѣднему данъ былъ волостнымъ судомъ срокъ платежа съ тѣмъ, что если онъ и тогда не выкупитъ, то залогоприниматель воленъ продать залогъ по своему усмотрѣнію (III, 18).

Въ полтавской губерніи закладъ переходитъ въ собственность кредитора по истеченіи 10 лѣтняго срока со дня залога (V, 662). Въ архангельской губерніи заложенная вещь дѣлается собственностью кредитора тотчасъ по просрочкѣ платежа [1]).

Изъ всего этого видно, что обычаи, подобно иностраннымъ законодательствамъ, допускаютъ различные виды самодѣятельности кредитора по взысканію долга, неизвѣстные нашему оффиціальному праву. Правда, обычаи эти стоятъ еще отчасти на первобытной точкѣ зрѣнія и допускаютъ въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ такія широкія права кредитора по самовольному взысканію, которыя несовмѣстимы съ правильно устроеннымъ юридическимъ бытомъ; но весьма замѣчательно, что народный судъ и здѣсь является противникомъ устарѣлыхъ и неудобныхъ къ исполненію обычаевъ. Когда мы видимъ, что подъ вліяніемъ волостнаго суда выводится обычай „грабежа“, преимущественно по взысканію частныхъ долговъ; что распоряженіе кредитора залогомъ онъ ставитъ въ зависимость отъ разрѣшенія волостнаго суда или прав-

---

[1]) Сборн. нар. юрид. обыч. арханг. губ., стр. 85.

ленія; что право детенціи тоже подчиняется контролю власти; когда мы видимъ такимъ образомъ постоянную тенденцію противодѣйствовать произволу и самоуправству и подчинить обычныя права кредитора контролю безпристрастной судебной или административной власти, мы не можемъ не удивляться здравому смыслу простолюдина, который умѣетъ критически отнестись къ священному вездѣ для народной массы обычаю и различать между обычаями разумными, имѣющими жизненную силу и теперь, и такими, обветшалость и непримѣнимость коихъ при современныхъ условіяхъ не подлежитъ сомнѣнію въ глазахъ болѣе развитаго наблюдателя.

Мы привели только что отзывъ о высокой честности южнорусскаго простолюдина и его готовности всегда подчиняться законнымъ требованіямъ кредитора, какъ бы они ни были для него обременительны. Не слѣдуетъ думать, что мы имѣемъ тутъ дѣло съ панегирикомъ одного изъ тѣхъ народолюбцевъ, „которыхъ у насъ было такъ много въ началѣ 60-хъ годовъ“ (къ этому времени относится упомянутое заявленіе). Нѣтъ, это фактъ, въ высшей степени важный при разрѣшеніи вопроса о народномъ судѣ и притомъ фактъ одинаково наблюдаемый въ различныхъ мѣстностяхъ имперіи. Читая рѣшенія волостныхъ судовъ, нельзя не удивляться огромному количеству дѣлъ, въ которыхъ долгъ присуждается единственно на основаніи собственнаго сознанія отвѣтчиковъ при отсутствіи всякихъ другихъ доказательствъ. Это явленіе одинаково замѣчается, напр., въ тамбовской губерніи, какъ и въ Малороссіи, хотя несомнѣнно, что пальма первенства въ этомъ отношеніи принадлежитъ южноруссамъ. Отсюда напр., возможность такого заявленія, какое было сдѣлано крестьянами одной волости въ харьковской губерніи: долгъ взыскивается часто и безъ доказательствъ (т.-е. безъ представленія таковыхъ со стороны истца), ибо „честные люди никогда не отказываются отъ своего долга“ (IV, 8). Вообще здѣсь волостной судъ исходитъ изъ того воззрѣнія, что долгъ, сдѣланный на самыхъ обременительныхъ и несправедливыхъ условіяхъ, долженъ быть уплаченъ въ точности. По одному дѣлу, гдѣ крестьяне, за заемъ у помѣщика, обязались работать у него на весьма тяжелыхъ условіяхъ, волостной судъ обязалъ ихъ исполнить договоръ въ точности „для примѣра другимъ, чтобъ имѣемыя съ кѣмъ-либо обязательства ис-

полнять въ точности, безъ чего можетъ лишиться всякаго въ обществѣ довѣрія каждый человѣкъ“ (V, 128).

Любопытно въ этомъ отношеніи то, какъ народъ смотритъ на долгъ кабачнику и вообще сдѣланный для пьянства. Законъ запрещаетъ продажу питей въ долгъ и слѣдовательно, признаетъ недѣйствительнымъ всякій долгъ, вытекающій изъ этого основанія. Но крестьянинъ относится къ этому предмету иначе. Встрѣчаемъ, правда, примѣры того, что волостной судъ дѣлаетъ шинкарю внушеніе слѣдующаго содержанія: если онъ попадется еще въ продажѣ водки подъ залогъ вещей, то ему запрещено будетъ производство питейной торговли въ селеніи (V, 270). Но естественное чувство справедливости у простолюдина возмущается противъ признанія совершенной необязательности дѣйствительно существующаго долга, противъ легальнаго присвоенія чужаго имущества. Волостной судъ только освобождаетъ жену и дѣтей должника отъ платежа долга кабачнику (какъ указано было прежде), что совершенно справедливо, такъ какъ такой долгъ никакъ нельзя признать сдѣланнымъ для потребностей семьи. Но мы видѣли, что, даже отвергая, въ виду положительнаго закона, возможность судебной защиты для иска цѣловальника съ своего должника, волостной судъ признаетъ родъ obligatio naturalis со стороны послѣдняго къ уплатѣ долга. Правовое сознаніе крестьянъ вполнѣ раздѣляетъ этотъ взглядъ. Еще Гакстгаузенъ, извѣстный изслѣдователь нашего сельскаго быта, обратилъ вниманіе на это обстоятельство. Правительство, говоритъ онъ, запретило давать крестьянамъ водку въ долгъ. Они не обязаны платить этихъ долговъ и не могутъ быть призываемы къ суду. Но замѣчательно, что они считаютъ такой долгъ -долгомъ чести и платятъ его аккуратно [1]. Нельзя предполагать, что эта аккуратность обусловливается единственно опасеніемъ, что въ случаѣ неплатежа должникъ лишится кредита у кабачника въ будущемъ. Подобно тому, какъ карточный долгъ въ высшихъ классахъ платится исправнѣе другихъ долговъ, не потому только, что въ противномъ случаѣ никто не станетъ играть съ виновнымъ, но и потому, что, по общему убѣжденію, это долгъ чести, такъ и въ разсматриваемой здѣсь категоріи долговъ одни утилитарныя соображенія не могли бы удержать крестьянина отъ соблазнительнаго желанія освободиться отъ платежа обыкновенно

[1]) Etudes sur la situation interieure etc. de la Russie, 1848, t. II, 433.

очень тягостнаго долга, еслибъ къ этому не присоединялось убѣжденіе въ несправедливости такого желанія Но строго преслѣдуя уклоняющихся отъ платежа должниковъ, волостной судъ принимаетъ въ соображеніе особенности имущественнаго быта крестьянъ, въ силу которыхъ настойчивое и одновременное взысканіе съ должника легко можетъ разорить его съ семьей и навязать лишнее бремя міру по платежу налоговъ и отбыванію повинностей. Поэтому онъ пользуется въ широкихъ размѣрахъ правомъ разсрочки платежа. Такъ, онъ даетъ срокъ на продажу заклада и разсрочиваетъ платежъ долга и противъ воли кредитора (VI, 321). Иногда судъ назначаетъ должнику срокъ платежа, но съ тѣмъ, что если онъ въ срокъ не уплатитъ, то подвергается платежу высокой періодической неустойки, которая тоже опредѣляется судомъ (I, 786).

Судебные уставы, правда, предоставляютъ мировому судьѣ тоже право разсрочки платежа должнику (ст. 136 уст. гр. суд.), но, составляя аномалію въ процессѣ это право подвергается здѣсь ограниченіямъ и сенатъ смотритъ на него подозрительно. Онъ внушаетъ мировымъ судьямъ, что они должны пользоваться этимъ правомъ очень осмотрительно и допускать разсрочку только по убѣжденію въ томъ, что должникъ дѣйствительно не имѣетъ никакихъ наличныхъ средствъ [1]). Между тѣмъ въ крестьянскомъ быту и при имѣніи наличныхъ средствъ взысканіе можетъ по обстоятельствамъ влечь за собой разореніе хозяйства должника и судъ здѣсь вообще вынужденъ пользоваться въ болѣе широкихъ размѣрахъ правомъ разсрочки. Это одинъ изъ тѣхъ многочисленныхъ моментовъ, гдѣ неприменимость общихъ законовъ и судебнымъ порядковъ, розсчитанныхъ на другой имущественный бытъ, къ крестьянской жизни становится очевидной.

Залогъ по обычаю долженъ служить обезпеченіемъ правъ кредитора до уплаты долга, и потому продажа заложеннаго недвижимаго имущества недѣйствительна, продавецъ долженъ возвратить взятыя деньги покупщику, за мошенничество подвергается наказанію розгами (II, 73).

Повидимому обычай не допускаетъ пользованія со стороны кредитора находящеюся у него въ закладѣ вещью. По крайней мѣрѣ мы встрѣчаемъ рѣшенія такого рода. Если кредиторъ пользовался заложенными вещами и износилъ ихъ, то должникъ пла-

---

[1]) Гр. касс. рѣш. 1872 г., №№ 533 и 920.

тить лишь часть долга (III, 55). Бываетъ однакожъ что кредиторъ еще до наступленія срока платежа пользуется заложенной ему вещью [1]). Бываетъ, что пользованіе землей предоставляется должникомъ кредитору въ видѣ процентовъ на занятыя деньги (IV, 186).

Если долгъ сдѣланъ для опредѣленнаго употребленія, напр., на постройку амбара, то кредиторъ имѣетъ право требовать продажи этого амбара на удовлетвореніе его претензіи (I, 126). Это начало признано какъ иностранными законодательствами, такъ отчасти и нашимъ закономъ, какъ указано въ другомъ мѣстѣ.

Послѣ найма и займа, скажемъ, еще о важнѣйшемъ можетъ быть, видѣ договора въ крестьянскомъ быту—договорѣ товарищества. Извѣстно, какую огромную роль въ быту нашего рабочаго класса играетъ артель, т.-е. товарищества разнаго рода. Строго говоря, артель не всегда и не вообще можно отнести къ договорнымъ формамъ юридико-экономической дѣятельности. Во-первыхъ, потому, что она до сихъ поръ у крестьянъ сохранила преимущественно характеръ первобытной, не столько произвольной, обдуманной и сознательной, сколько инстинктивной ассоціаціи людей, не понимающихъ возможности работать въ одиночку, преслѣдуя однѣ личныя выгоды. Лучшіе знатоки нашего артельнаго дѣла (напр., г. Яковлевъ) справедливо видятъ въ этомъ главное отличіе русской артели отъ европейской ассоціаціи. Во-вторыхъ, артели нерѣдко составляются не по доброй волѣ ея членовъ, а волостнымъ начальствомъ съ цѣлью обезпеченія заработками артели слѣдующихъ съ ея членовъ податей. Такъ это дѣлается съ бурлаками на Волгѣ [2]). Въ такихъ случаяхъ мудрено говорить о договорахъ въ обыкновенномъ значеніи этого слова. Тѣмъ не менѣе мы коснемся здѣсь артельнаго быта, исключительно впрочемъ съ чисто-юридической стороны, причемъ будемъ имѣть въ виду главнымъ образомъ отношеніе оффиціальнаго права къ организаціи артелей. Въ этомъ отношеніи главное значеніе имѣетъ то обстоятельство, что законъ нашъ не даетъ никакого подходящаго юридическаго основанія для оффиціальной, прочной организаціи артелей. Общіе законы о товариществахъ требуютъ особаго правительственнаго разрѣшенія для каждаго товарищества. Каждая артель, какъ бы незначителенъ ни былъ кругъ ея дѣйствій и

---

[1]) Сборн. нар. юрид. обыч. арханг. губ., стр. 85.

[2]) Калачевъ, артели въ древней и новой Россіи, стр. 37.

объемъ средствъ, нуждается тоже для своей юридической дѣйствительности въ особомъ, высочайше утвержденномъ уставѣ, которому конечно, должна предшествовать весьма сложная процедура ходатайствъ, законодательнаго разсмотрѣнія и разрѣшенія. Понятно, что для огромнаго большинства артелей этотъ путь совершенно недоступенъ. Внѣ его нѣтъ однакожъ возможности обезпечить за артелью легальное и самостоятельное существованіе. Результатомъ этого порядка вещей являются два весьма прискорбныхъ явленія въ артельномъ быту. Вопервыхъ, тамъ гдѣ артели все-таки держатся, несмотря на неимѣніе твердой юридической почвы подъ ногами, онѣ вынуждены скрывать свою дѣйствительную организацію подъ видомъ предпріятія отдѣльныхъ лицъ. Для этого служатъ или подставныя лица или артельные старосты.

Такъ, артель старателей (горнопромышленниковъ въ архангельской губерніи) прикрываетъ свои дѣйствія подставнымъ лицомъ, получающимъ даромъ, единственно за свое имя, большое вознагражденіе. А въ артельныхъ солеварняхъ (той же губерніи) отвѣтственнымъ за всѣхъ совладѣльцевъ предъ казной (акцизнымъ вѣдомствомъ) является не совокупность владѣльцевъ въ качествѣ юридическаго лица, какъ слѣдовало бы, а лично выборный староста [1]). Понятно, что въ обоихъ случаяхъ результаты для артели весьма невыгодные. Необходимость имѣть подставныхъ лицъ, какъ номинальныхъ, фиктивныхъ представителей артели предъ лицомъ правительства и закона, съ одной стороны возлагаетъ на артель тяжелый, непроизводительный расходъ (вознагражденіе подставному лицу), расходъ, грозящій поглотить большую часть обыкновенно весьма скудныхъ заработковъ артели. Съ другой стороны, это отдаетъ трудъ и имущество артели на произволъ подставнаго лица, такъ какъ юридически онъ единственный ея представитель, и, слѣдовательно, дѣлаетъ существованіе артели эфемернымъ и шаткимъ.

Во-вторыхъ, множество артелей, которыя по роду своихъ промысловъ приходятъ непосредственно въ столкновеніе съ общественной властью, вовсе не могутъ существовать при указанныхъ юридическихъ условіяхъ и должны уступить мѣсто личной промышленной дѣятельности людей, болѣе зажиточныхъ. Любопытна въ этомъ отношеніи исторія почтовой гоньбы въ архангельской

---

[1]) Сборн. матер. объ артеляхъ въ Россіи, вып. 1, стр. 193; вып. 2, стр. 143.

губерніи. Прежде почтовыя станціи содержались тамъ цѣлыми обществами и выгоды этого промысла распредѣлялись между всѣмъ населеніемъ. Но начальство начало требовать, чтобъ каждый членъ почтовой артели бралъ отдѣльное промысловое свидѣтельство, стоющее 8 руб. (исходя изъ того воззрѣнія, что законъ санкціонируетъ только личный промышленный трудъ и не знаетъ артели, какъ производительной единицы), а также соблюденія разныхъ другихъ формальностей. Вслѣдствіе этого теперь содержаніе почтовыхъ станцій перешло въ руки отдѣльныхъ лицъ или товариществъ изъ нѣсколькихъ болѣе зажиточныхъ крестьянъ; причемъ изъ 7 членовъ такого товарищества оффиціально является на торги одинъ, беретъ подрядъ на свое имя (и промысловое свидѣтельство на свое имя, но насчетъ артели). Этотъ оффиціальный представитель товарищества пользуется однакожъ такою же долей въ подрядѣ, какъ и другіе, негласные члены товарищества [1].

Администрація, не имѣя въ виду подходящаго закона, настаиваетъ на отрицаніи юридической личности артели, т.-е. на томъ, что казна имѣетъ дѣло только съ подрядчикомъ, предпринимателемъ, на котораго работаетъ артель. Такъ, по циркуляру архангельскаго губернатора договоры между лѣсными артелями и подрядчиками, въ силу которыхъ отвѣтственность за порубки въ казенныхъ лѣсахъ падаетъ не на подрядчиковъ, а на артели, не имѣютъ обязательной силы и отвѣтственнымъ предъ казной является подрядчикъ [2].

Бытъ артели имѣетъ двѣ стороны: внутреннія отношенія членовъ артели и затрогиваемые ими интересы самихъ работниковъ съ одной стороны, и внѣшнее отношеніе артели какъ къ промышленнику-капиталисту, на котораго она обыкновенно работаетъ, такъ и къ казнѣ (по отбыванію повинностей, исполненію казенныхъ подрядовъ и т. п.). По общему характеру нашего права, преслѣдующему преимущественно государственные интересы, и въ организаціи артелей исключительное вниманіе до сихъ поръ было обращаемо на исправное выполненіе артелями своихъ обязанностей къ высшимъ классамъ (т.-е. къ крупнымъ промышленникамъ) и правительству. Когда въ 1846 г. былъ составленъ

---

[1]) Тамъ же, 2, стр. 260.

[2]) Тамъ же, 2, 107.

министерствомъ финансовъ проектъ новаго устава биржевыхъ артелей, то проектъ этотъ не былъ утвержденъ по слѣдующей причинѣ. Биржевое купечество подало мнѣніе въ томъ смыслѣ, что всякая перемѣна въ составѣ артелей можетъ быть вредна въ отношеніи исполненія ими своихъ обязанностей къ купечеству. Обычной порядокъ, основанный на *добровольномъ* согласіи всѣхъ членовъ артели, вполнѣ гарантируетъ купечество круговой порукой: по этому никакихъ перемѣнъ ненужно. При такомъ противодѣйствіи со стороны купечества всякой попыткѣ правительственнаго вмѣшательства во внутренній бытъ артелей естественно, что законодательство по этому предмету имѣетъ такое одностороннее направленіе. Дѣйствительную практическую силу имѣютъ лишь тѣ постановленія, которыя регулируютъ *обязанности* артелей къ промышленникамъ и казнѣ; все, выходящее за эти предѣлы, или вовсе не затрогивается закономъ или не имѣетъ примѣненія на практикѣ. Такимъ образомъ, правила о защитѣ артельныхъ рабочихъ отъ эксплуатаціи подрядчиковъ (хозяинъ обязанъ вознаградить работника за увѣчье, больныхъ отсылать домой или передавать въ вѣдѣніе начальства и т. п.; ст. 315—57 уст. пут. сообщ.), имѣютъ чисто теоретическій характеръ; способъ ихъ исполненія не указанъ опредѣлительно и они не примѣняются на дѣлѣ. Была попытка (по уставу 1799 г.), подчинить артели цехамъ, но въ 1082 г. это отмѣнено. Даже тѣ уставы, которые были изданы правительствомъ объ артеляхъ, не всѣ получили силу дѣйствительнаго закона; напр., положеніе объ общественномъ управленіи Петербурга предположено было издать подробныя правила о петербургскихъ артеляхъ, но это не было приведено въ исполненіе. Оффиціальный проектъ положенія о биржевыхъ артеляхъ, составленный тогда же, тоже, какъ указано выше, не получилъ утвержденія, вслѣдствіе отрицательнаго отношенія къ нему биржеваго купечества [1]).

При такомъ равнодушіи закона, согласно видамъ купцовъ предпринимателей, относительно интересовъ и правъ самихъ артельщиковъ и односторонней заботливости исключительно о внѣшней отвѣтственности артели — неудивительно, что круговая порука, т.-е. отвѣтственность всѣхъ членовъ артели одинъ за другаго предъ подрядчикомъ, есть единственно развитая сторона въ быту

---

[1]) Калачевъ, тамъ же, стр. 57—64.

артелей. Есть даже множество артелей, которыя по внутренней своей организаціи вовсе не заслуживаютъ этого названія, но круговая порука придаетъ имъ этотъ характеръ. Такимъ образомъ артели для рубки и сплава лѣса на сѣверѣ и артели бурлацкія имѣютъ характеръ артелей лишь по своей отвѣтственности предъ подрядчиками. Каждый работаетъ самъ на себя, получаетъ вознагражденіе по своему труду, бываетъ и такъ, что хозяинъ отдѣльно нанимаетъ каждаго работника, даетъ ему опредѣленное жалованье, но сколачиваетъ изъ рабочихъ артель въ смыслѣ круговой отвѣтственности ихъ, такъ какъ это выгодно хозяину. Крестьяне же, нуждающіеся въ задаткахъ для уплаты податей, соглашаются на устройство такихъ артелей, имѣющихъ однѣ невыгоды артели, безъ какой-либо изъ ея преимуществъ [1]).

Только въ нѣкоторыхъ случаяхъ, гдѣ артельная организація труда имѣетъ особенную важность, вслѣдствіе того, что она затрогиваетъ главный промыселъ и источникъ пропитанія для населенія данной мѣстности, мы видимъ, что законодательство вникаетъ глубже въ артельный бытъ и удовлетворяетъ обычнымъ понятіямъ и нуждамъ артелей. Таковы правила объ устьинскомъ тюленьемъ промыслѣ въ мезенскомъ заливѣ. Существовавшая тамъ въ старину общественная артель для производства этого промысла въ новое время распалась на артели, которыя соперничали одна съ другой, взаимно себѣ вредили и всѣ вмѣстѣ извлекали мало пользы изъ промысла. Вслѣдствіе этого жители просили правительство о возстановленіи прежняго порядка и приданіи ему силы закона [2]). Ходатайство это было уважено и въ 1866 г. изданъ былъ законъ слѣдующаго содержанія. Устьинскій промыселъ составляетъ собственность одной артели, въ которую входятъ всѣ мѣстные жители. Производство промысла отдѣльно отъ артели не допускается подъ опасеніемъ штрафа въ 25 р. Все добытое промысломъ раздѣляется поровну между хозяевами лодокъ, которые платятъ своимъ работникамъ по уговору. При невозможности для одной лодки довести свою часть улова до берега (если приходится выбросить уловъ для спасенія лодки) владѣлецъ ея не лишается права на долю изъ добытаго другими лодками (прилож. къ ст. 582 уст. гор. и сел. хоз., т. XII св. зак., по прод. 1868 г.).

[1]) Сборн. матер. и пр., вып. 2, стр. 110—113.

[2]) Сборн. народн. юрид. обыч. арханг. губ., стр. 168.

Г. Калачевъ желаетъ; чтобы правительство и впредь придерживалось системы невмѣшательства во внутреннюю организацію артелей. Но нужно удивляться тому, какъ изъ сообщенныхъ имъ же самимъ фактовъ онъ не усмотрѣлъ, что теперешнее игнорированіе законодательствомъ нуждъ артелей выгодно только для кулаковъ-подрядчиковъ, но крайне обременительно для артельныхъ работъ. Мы видѣли, что непризнаніе закономъ юридической личности артели влечетъ за собой необходимость прибѣгать къ подставнымъ лицамъ, подчиненіе артелей старостамъ, переходъ многихъ промысловъ изъ рукъ нуждающагося населенія къ немногимъ зажиточнымъ личностямъ; что отсутствіе всякихъ законныхъ гарантій даетъ подрядчикамъ возможность возлагать на рабочихъ тяжелую круговую поруку и тамъ, гдѣ артелей въ собственномъ смыслѣ вовсе нѣтъ; что само населеніе (какъ показываетъ исторія устьинскаго промысла) вовсе не восторгается отсутствіемъ законной регламентаціи, а напротивъ, проситъ о вмѣшательствѣ закона. По этому, если вѣрно замѣчаніе г. Калачева, что крѣпостное право и другія неблагопріятныя условія привели къ тому, что свободныя артели ремесленниковъ и сельскихъ рабочихъ, которыя въ старину были обыкновеннымъ явленіемъ, теперь исчезли и уступили мѣсто подрядамъ и подрядчикамъ (въ справедливости чего нельзя сомнѣваться) [1]), то не нужно упускать изъ виду, что однимъ изъ главныхъ этихъ „неблагопріятныхъ условій" служитъ до сихъ поръ отсутствіе защиты и регламентаціи въ законѣ для артели. Крестьяне смотрятъ на этотъ вопросъ иначе, чѣмъ г. Калачевъ. Относительно артели при архангельской купеческой конторѣ одинъ артельщикъ заявилъ слѣдующее: необходимо, чтобы правительство вошло въ дѣло и устроило эту артель по образцу петербургской съ опредѣленными вкладами членовъ и ограниченнымъ числомъ ихъ. Теперь эта артель страдаетъ отъ сильныхъ злоупотребленій старостъ [2]). Практика указываетъ также на необходимость разныхъ другихъ законныхъ опредѣленій относительно внутренняго быта артелей [3]).

По понятіямъ народа, всякій промыселъ, имѣющій преобладающее значеніе въ данной мѣстности, долженъ составлять по воз-

---

[1]) Калачевъ ib. стр. 45.

[2]) Сборн. матер. и пр., вып. 2, стр. 128—133.

[3]) Тамъ же, стр. 213.

можности общую собственность всѣхъ обывателей, имъ занимающихся, и притомъ такъ, что они пользуются имъ сообща на артельномъ началѣ. Этотъ взглядъ, свойственный многимъ народамъ извѣстной ступени развитія, примѣняется у насъ мѣстами къ такимъ промысламъ, которые повидимому допускаютъ только индивидуальный, отдѣльный трудъ каждаго промышленника. Любопытны въ этомъ отношеніи свѣдѣнія, сообщаемыя г. Добрынинымъ объ организаціи извознаго промысла въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ владимірской губерніи. Вольные ямщики г. Мурома составляютъ изъ себя одну артель. Рядиться къ проѣзжему приходитъ одинъ или нѣсколько человѣкъ изъ артели, преимущественно старшіе ея члены. Помимо общины, ни одинъ ямщикъ не наймется; иначе онъ будетъ исключенъ изъ артели, навлечетъ на себя ея преслѣдованіе, которое прекращается лишь по принесеніи имъ повинной артели. Подрядившійся съ пассажиромъ ямщикъ не можетъ взять на себя извозъ, но обязанъ предоставить работу въ распоряженіе артели, распредѣляющей работу между своими членами по небольшимъ артелямъ (поселеніямъ и мѣстностямъ). Община или большая артель бросаетъ жребій для опредѣленія, на долю какой меньшой артели должна выпасть данная работа. Малая артель въ свою очередь бросаетъ жребій о томъ, какой ямщикъ долженъ быть „рѣзвымъ“ (т.-е. долженъ везти пассажира). Съ этого ямщика берется опредѣляемая обычаемъ сметка (10—20 коп.) на угощеніе артели чаемъ. При этомъ споровъ и возраженій со стороны ямщиковъ обыкновенно не бываетъ. Иногда, правда, ямщики стараются избѣжать этого порядка и обезпечить за собой работу помимо артели. Особенно ямщикъ послѣдней станціи, если пассажиръ скоро долженъ совершить обратный путь, договаривается везти его на собственный счетъ [1]). Но это очевидно составляетъ послѣдствіе примѣненія жеребьевой системы, гдѣ распредѣленіе заработковъ зависитъ отъ случая и, стало быть, не даетъ никакихъ гарантій справедливости и равномѣрности. Въ другомъ видѣ встрѣчаемъ организацію труда въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ еще при крѣпостномъ правѣ. Такъ въ селеніяхъ г-жи Марковой и кн. Оболенской (ярославской губерніи), гдѣ населеніе занимается главнымъ образомъ столярными и плотничными работами, трудъ былъ организованъ слѣдующимъ образомъ. Общая сходка

[1]) Владим. губерн. вѣдом. за 1872 г.

всѣхъ селеній распредѣляетъ полученные заказы между своими членами. Каждый можетъ принимать работы и отдѣльно отъ міра; можетъ также передать свою долю заказа другому или вовсе отказаться отъ нея, обезпечивъ однако міру платежъ своей доли оброка помѣщику [1]). И тутъ мы видимъ, что главное вниманіе обращено на внѣшнюю отвѣтственность артели, т.-е. исправный платежъ оброка помѣщику. Вся организація артели получила поощреніе владѣльцевъ собственно съ этою цѣлью, вслѣдствіе чего каждому предоставлено дѣйствовать и независимо отъ артели и вопреки ея распоряженіямъ, если только это не препятствуетъ достиженію главной цѣли—исправному платежу оброка. Что подрядчики и вообще капиталисты-предприниматели, имѣющіе дѣло съ рабочими артелями, преслѣдуютъ тоже исключительно эту цѣль, мы упомянули уже выше. И замѣчательно, что законъ поддерживаетъ своимъ авторитетомъ эту тенденцію предпринимателей. Ст. 324 уст. пут. сообщ. опредѣляетъ слѣдующее. Всѣ нанявшіеся на одинъ караванъ или судно рабочіе отвѣчаютъ одинъ за другаго круговой порукой, дабы при побѣгѣ одного хозяинъ могъ взыскать съ другихъ полученныя и незаработанныя бѣжавшимъ деньги. Для удобства артелей онѣ составляются на самомъ мѣстѣ отправленія судна или каравана. Итакъ, хотя бы рабочіе нанимались каждый отдѣльно, за особое вознагражденіе, и были одинъ другому чужды, встрѣтившись въ первый разъ у общаго нанимателя, они обязаны отвѣчать другъ за друга своими грошовыми заработками. Законъ прямо говоритъ, что при установленіи этого правила приняты въ соображеніе единственно интересы нанимателя (дабы хозяинъ могъ взыскать). Но справедливо ли это правило въ отношеніи рабочихъ? Что бы мы сказали о слѣдующаго рода законѣ: всѣ служащіе у одного банкира отвѣчаютъ одинъ за другаго предъ хозяиномъ: если кассиръ прогоритъ съ кассой, то остальные служащіе, хотя бы нисколько не виновные въ его побѣгѣ, отвѣчаютъ за него предъ банкиромъ? Конечно всякій скажетъ, что такой законъ несправедливъ, что основной принципъ права требуетъ отвѣтственности каждаго лишь за свои, а не за чужія дѣйствія. Почему однако этотъ принципъ непримѣнимъ и къ чернорабочему? Дѣло хозяина смотрѣть за тѣмъ, чтобъ каждый отработалъ полученныя деньги и не уходилъ до

[1]) Калачовъ, ib., стр. 55—57.

срока; на какомъ основаніи возлагать на артель взаимное шпіонничанье другъ за другомъ и отвѣтственность добросовѣстныхъ лицъ за недобросовѣстныхъ? Это тѣмъ менѣе можетъ быть оправдано тамъ, гдѣ рабочіе нанимаются каждый отдѣльно и плату получаютъ каждый по мѣрѣ своего труда и особому договору.

Особенное значеніе и развитіе получилъ принципъ артельной или общинной организаціи труда въ примѣненіи къ рыболовству, какъ главному источнику пропитанія населенія во многихъ мѣстностяхъ имперіи. Гдѣ рыболовство не составляетъ важной статьи дохода, тамъ не выработаны опредѣленныя правила и каждый ловитъ по желанію и возможности; но гдѣ промыселъ имѣетъ болѣе серьезное значеніе, тамъ есть обычная организація. Міръ владѣетъ рыбнымъ промысломъ и производитъ его или сообща или раздѣляя участки между своими членами [1]). Здѣсь невозможно войдти въ подробности объ обычной и законной организаціи рыбнаго промысла въ разныхъ частяхъ имперіи, предметѣ весьма важномъ и съ юридической стороны совершенно еще не разработанномъ. Для нашей задачи (общей характеристики обычнаго права сравнительно съ оффиціальнымъ) необходимо указать здѣсь на слѣдующій интересный фактъ. Еще въ прошломъ столѣтіи морскіе промыслы на Новой Землѣ получили такое развитіе и въ юридической своей организаціи, что промышленники выработали подробный писаный уставъ, сохранившійся до сихъ поръ. Уставъ этотъ между прочимъ содержитъ правило (ст. 11), что заболѣвшій промышленникъ получаетъ равную долю съ другими; теперь это правило болѣе не примѣняется. Ст. 24 этого устава опредѣляетъ слѣдующее. Разбитое судно всякій промышленникъ обязанъ собирать и доставить владѣльцу, хотя объ этомъ не было никакого предварительнаго уговора; за трудъ этотъ собиравшій получаетъ опредѣляемое обычаемъ вознагражденіе отъ владѣльца разбитаго судна. Правило ст. 24—29 о взаимной обязанности помощи между промышленниками на морѣ и при отсутствіи договора повидимому было въ глазахъ составителей устава важнѣйшей его составной частью, какъ видно изъ слѣдующихъ заключительныхъ словъ устава. „По сему уставу хозяева и промышленники не отмѣнно поступать должны, ибо хотя кому вывозъ людей и промысловъ (т. е. спасеніе разбитыхъ судовъ) покажется досаденъ, но иногда можетъ

[1]) Сборн. нар. юрид. обыч. арханг. губ., стр. 256.

случиться и самому тому отъ другихъ еще бо́льшей требовать помощи, ибо ходящему по морю безъ взаимной помощи пробыть невозможно. Для того всѣ въ дружномъ сопомоществованіи должны быть, а если кто по онымъ пунктамъ исполнять не будетъ, надѣясь на свое нахальство или хозяйское могущество, тому да воздастъ праведный Богъ морскимъ наказаніемъ“ [1]). Въ этихъ словахъ прекрасно выражено свойственное нашему обычному праву живое сознаніе солидарности всѣхъ живущихъ въ одной мѣстности однимъ промысломъ.

Обращаясь затѣмъ къ рѣшеніямъ волостныхъ судовъ, касающихся договора товарищества и вытекающихъ изъ него правоотношеній, мы замѣчаемъ слѣдующее. Нашъ законъ не содержитъ никакихъ правилъ о способѣ разрѣшенія споровъ между совладѣльцами общаго имущества. Онъ опредѣляетъ только, что управленіе и распоряженіе общимъ имуществомъ должны быть по общему согласію всѣхъ владѣльцевъ (ст. 546 и 554 з. гр.); но, если соглашеніе не можетъ состояться, нашъ законъ не даетъ никакихъ средствъ мирнаго разрѣшенія спора, кромѣ окончательнаго уничтоженія товарищества или общаго владѣнія раздѣломъ; но и раздѣлъ регулированъ закономъ только по отношенію къ одному виду communio incidens, именно относительно общаго владѣнія сонаслѣдниковъ одного имущества. Раздѣлъ общаго имущества ненаслѣдственнаго не находитъ никакихъ опредѣленій въ законѣ. Между тѣмъ очевидно, что при всякаго рода общемъ владѣніи могутъ часто возникать споры между совладѣльцами относительно порядка управленія и распоряженія общимъ имуществомъ и что законъ долженъ дать средства разумнаго разрѣшенія этихъ споровъ и безъ окончательнаго прекращенія товарищества или общности. Вотъ почему римское право въ actio communi dividundo даетъ совладѣльцамъ не только возможность судебнаго раздѣла, но и судебную защиту при спорахъ, когда дѣло не доходитъ еще до раздѣла. За общій принципъ, правда, принимается, что такъ какъ совладѣльцы пользуются одинаковыми правами, то каждый можетъ налагать свое veto на распоряженія другаго. Но какъ строгое примѣненіе этого начала было бы крайне вредно для дѣла управленія общимъ имуществомъ, то римское право ставитъ эти споры подъ свободное усмотрѣніе судьи и между прочимъ допу-

---

[1]) Тамъ же, стр. 187—193.

скаетъ, что судъ, по жалобѣ одного совладѣльца, можетъ лишить другаго принадлежащаго ему права veto и заставить подчиниться разумнымъ распоряженіямъ по общему имѣнію и противъ своей воли. Судебный же раздѣлъ общаго имѣнія можетъ заключаться не только въ дѣйствительномъ раздробленіи имѣнія на соотвѣтственныя части, но и въ томъ, что судъ раздѣляетъ между спорящими поперемѣнное пользованіе имуществомъ, что онъ присуждаетъ все имущество одному, а другому денежное вознагражденіе, или опредѣляетъ продать имущество и вырученное распредѣлить между совладѣльцами и т. под. [1]). Если заглянуть въ рѣшенія волостныхъ судовъ, то найдемъ, что руководствуясь однимъ здравымъ смысломъ, безъ всякой поддержки со стороны писаннаго закона, волостные судьи примѣняютъ, и большей частью довольно разумно, указанныя начала римскаго права, усвоенныя и всѣми новыми европейскими законодательствами. Такъ, по поводу споровъ между двумя совладѣльцами взятой въ аренду мельницы, волостной судъ постановилъ слѣдующее рѣшеніе. Истецъ, жалующійся на недопущеніе его отвѣтчикомъ ко владѣнію мельницей, долженъ уплатить половину сдѣланныхъ отвѣтчикомъ (по оцѣнкѣ суда) расходовъ на улучшеніе мельницы, причемъ истцу предоставляется пользованіе мельницей въ теченіи трехъ мѣсяцевъ; послѣ этого товарищи должны пользоваться мельницей сообща по своему усмотрѣнію [2]) Въ другомъ дѣлѣ споръ происходитъ между двумя владѣльцами маслобойни, изъ коихъ одинъ настаивалъ на томъ, что каждый долженъ владѣть ею 2 недѣли поочередно и въ это время можетъ распоряжаться по своему усмотрѣнію, не стѣсняясь указаніями или требованіями товарища. Волостной судъ постановилъ слѣдующее рѣшеніе: „такъ какъ маслобойня общая и безпорядки одного могутъ причинять убытокъ другому, то заставить обоихъ держать ее въ порядкѣ, т.-е. въ чистотѣ, опрятности и теплотѣ, въ противномъ случаѣ виновная сторона, въ случаѣ жалобы, должна уплачивать убытки. Владѣть по очереди каждый долженъ двѣ недѣли, какъ обѣ стороны согласны; если въ маслобойнѣ въ чей-либо срокъ произойдетъ поломка или сгоритъ она, то убытокъ долженъ ложиться на обѣ стороны, исключая случаевъ, умышленныхъ со стороны товарищей“ (VI, 564). При невозмож-

---

[1]) Ср. Виндшейда, Pandekten (изд. 3-е), В. I, § 169, и В. II, § 449.

[2]) См. рѣшеніе въ газетѣ „День“ 1864 г., № 27, стр. 16.

ности соглашенія между совладѣльцами общаго нераздѣльнаго имѣнія судъ выдѣляетъ одного, обязывая другаго уплатить ему его часть деньгами (I, 676). Волостной судъ обязываетъ одного изъ совладѣльцевъ мельницы принять (согласно прежнему договору) свою часть деньгами, оставивъ мельницу въ собственность другаго владѣльца, такъ какъ она приходитъ въ ветхость и нельзя дѣлать починокъ до раздѣла (IV, 559). Одинъ изъ владѣльцевъ нераздѣльнаго имѣнія не можетъ продать свою часть другому лицу, если другой владѣлецъ согласенъ дать ему ту же цѣну, а раздѣлъ имѣнія уменьшитъ его цѣнность (III, 40). Это рѣшеніе согласно съ правиломъ ст. 548 з. гр.

Недѣйствительна продажа однимъ изъ владѣльцевъ общаго имущества всего этого имущества; покупатель можетъ лишь требовать обратно свои деньги. Общество тоже можетъ препятствовать покупщику въ полученіи этого имущества, если оно служитъ единственнымъ обезпеченіемъ платежа податей другими совладѣльцами (III, 46). Послѣдній тезисъ снова напоминаетъ намъ то могущественное вліяніе, которое, какъ мы видѣли прежде, фискально-податныя соображенія имѣютъ на правовой бытъ крестьянства.

Между двумя совладѣльцами овина происходятъ несогласія, а между тѣмъ овинъ приходитъ въ ветхость, нуждается въ починкахъ, которыя по случаю спора не могутъ быть сдѣланы. Одинъ изъ совладѣльцевъ предлагаетъ другому взять за свою долю 15 р. или согласиться на починки на общій счетъ; но тотъ не хочетъ ни того, ни другаго. Волостной судъ опредѣляетъ: бросить жребій, кто долженъ получить въ исключительную собственность и уплатить другому 15 р. (III, 385). Еслибъ дѣло это разбиралось въ общихъ судахъ, то исходъ его былъ бы такой. Какъ бы очевидна ни была необходимость починокъ въ общемъ имѣніи, но одинъ совладѣлецъ не можетъ, и при посредствѣ суда, присудить другого къ производству ихъ или принятію на свой счетъ части расходовъ по этому предмету, ибо распоряженіе общимъ имуществомъ должно быть по согласію всѣхъ владѣльцевъ (ст. 546 з. гр.), стало-быть, каждый имѣетъ право veto, не подлежащее никакому ограниченію. Съ другой стороны, требовать уплаты за свою долю деньгами владѣлецъ, настаивающій на починкахъ, тоже не можетъ; онъ долженъ искать постороннее лицо, согласное на покупку его доли по разумной цѣнѣ, и тогда онъ можетъ получить денежную

стоимость своей доли или отъ этого посторонняго лица или отъ другаго владѣльца (ст. 548 з. гр.). Ну, а если такого покупщика нѣтъ, что́, разумѣется, можетъ случиться сплошь и рядомъ? Тогда владѣльцу, видящему необходимость расходовъ на поддержаніе общаго имѣнія, при несогласіи на то другихъ совладѣльцевъ, остается одно изъ двухъ: или спокойно смотрѣть на то, какъ общее имущество, благодаря нерадѣнію или упрямству другихъ совладѣльцевъ, совершенно теряетъ свою цѣнность, или уступить свою долю за безцѣнокъ кому-нибудь. Римское право предупреждаетъ возможность такого исхода правилами, о которыхъ не мѣсто распространятся здѣсь. Нашъ законъ не даетъ никакой защиты разумному совладѣльцу противъ упорства или неразумія другаго совладѣльца. Но упомянутыя рѣшенія волостнаго суда даютъ довольно справедливое разрѣшеніе подобныхъ случаевъ, хотя и не столь разумное разрѣшеніе, какъ то, которое даетъ римское право.

Если неисполненіе договора перевозки однимъ изъ артельщикомъ подвергло другихъ вычету изъ заработной платы, то неисправный артельщикъ долженъ возмѣстить убытки своимъ сотоварищамъ (IV, 558). Кто вступилъ въ товарищество по подряду долженъ участвовать въ его исполненіи до конца, хотя бы не было уговора объ этомъ (I, 744).

Въ заключеніе не лишне будетъ упомянуть объ особомъ видѣ общей собственности у крестьянъ, хотя и не вытекающей изъ договора. Мы говоримъ о зачетныхъ рекрутскихъ и ратницкихъ квитанціяхъ, имѣющихъ значительную цѣнность и теперь, со введеніемъ общей воинской повинности. Квитанціи эти волостной судъ признаетъ собственностью всей семьи, за которую по очереди шелъ рекрутъ или ратникъ. Равными владѣльцами въ ней являются: отецъ, дядья, братья, племянники и сыновья отданнаго или такіе же родственники женскаго пола. Весьма рѣдко случается, чтобъ квитанція отдавалась собственно только одному семейству ратника (т.-е. его женѣ и дѣтямъ), но и тутъ часть квитанціи все-таки присуждается его родственникамъ въ боковой или восходящей линіи. По большой части жена рекрута (даже если у нея есть отъ него дочери), получаетъ только опредѣленную часть: $1/7$, $1/4$, иногда половину, а чаще ей, особенно бездѣтной и вышедшей вторично замужъ, дается денежное вознагражденіе отъ 60—100 руб., рѣдко болѣе, не смотря на то, что, по отдачѣ мужа въ военную службу, она обыкновенно отдѣляется съ дѣтьми отъ све-

кора и ссылается со двора, уходя къ своей роднѣ или въ особую избу. Отъ этихъ квитанцій слѣдуетъ отличать такія, которыя получены за лицъ, отданныхъ въ рекруты безъ очереди, по дурному поведенію. Эти послѣднія признаются собственностью не семьи рекрута, но всего общества [1]).

Изъ этихъ данныхъ видно, что народный обычай правильно различаетъ въ вопросѣ о правѣ собственности на зачетныя квитанціи основаніе отдачи даннаго лица въ военную службу, и что квитанціи за отданныхъ по очереди распредѣляются имъ не на основаніи обычаевъ о наслѣдованіи, котораго тутъ нѣтъ въ собственномъ смыслѣ, а по правиламъ объ общей собственности. Такъ какъ семья, отбывающая рекрутскую повинность (по прежнимъ законамъ), есть нѣчто другое и притомъ болѣе обширное цѣлое, чѣмъ семья въ тѣсномъ смыслѣ, имѣющая значеніе въ вопросѣ о наслѣдованіи, то обычай правильно признаетъ совладѣльцами квитанціи и такихъ родственниковъ, которые при наличности болѣе близкихъ родныхъ не имѣютъ права на наслѣдованіе. Поэтому г. Гильдебрандтъ, у котораго заимствованы указанныя данныя, неправильно употребляетъ терминъ „наслѣдованіе" въ примѣненіи къ распредѣленію правъ на зачетныя квитанціи. Строго говоря, впрочемъ, и то, что называютъ обыкновенно наслѣдованіемъ, у крестьянъ имѣетъ характеръ раздѣла общей собственности, пріобрѣтенной общимъ трудомъ, какъ замѣчено было прежде.

Остается указать еще на нѣкоторыя рѣшенія волостныхъ судовъ, относящіяся къ другимъ видамъ обязательствъ по договорамъ, имѣющимъ меньше значенія въ крестьянскомъ быту. Относительно договора найма недвижимыхъ имуществъ отмѣтимъ слѣдующее. При спорахъ объ арендѣ земли, по обычаю полтавской губерніи, наемщикъ платитъ владѣльцу ту арендную цѣну, по которой нанимаются земли въ ближайшемъ сосѣдствѣ (IV, 663). По своду при наймѣ имущества стороны обязаны опредѣлить цѣну найма (ст. 1691 з. гр.). Практика общихъ судовъ признаетъ безусловно обязательнымъ это требованіе закона, равно какъ и требованіе относительно точнаго опредѣленія срока найма и отказываетъ во всякой защитѣ такимъ договорамъ найма, въ которыхъ стороны не опредѣлили наемную плату. Но народный обычай и

---

[1]) Г. Гильдебрандтъ, въ газетѣ „День" за 1864 г. № 3.

тутъ оказывается не только болѣе справедливымъ, но и болѣе согласнымъ съ началами теоріи права, признающей возможность существованія найма и безъ опредѣлительнаго соглашенія контрагентовъ о наемной платѣ, при извѣстныхъ условіяхъ. Если арендаторъ неплатежемъ арендныхъ денегъ въ срокъ далъ поводъ къ уничтоженію договора аренды, то владѣлецъ не обязанъ предупреждать его о своемъ желаніи передать аренду другому лицу (IV, 48). Повидимому, народный обычай, подобно иностраннымъ законодательствамъ, признаетъ обязанность контрагентовъ при договорахъ найма предупреждать другъ друга до срока о желаніи прекратить силу договора (Kündigungspflicht); обязанность эта признается повсемѣстно въ Европѣ, но нашъ законъ о ней не упоминаетъ.

Арендаторъ душеваго земельнаго надѣла не вправѣ рубить лѣсъ, на немъ находящійся (I, 493). Вопросъ о томъ, въ какой мѣрѣ рубка лѣса входитъ въ составъ права пользованія сельскимъ имѣніемъ, какъ извѣстно, весьма спорепъ у насъ въ судебной практикѣ (напр. относительно правъ владѣльца заложеннаго имѣнія на рубку находящагося въ немъ лѣса или правъ залогопринимателя, владѣющаго имѣніемъ по просрочкѣ платежа и т. под.). Волостной судъ, повидимому, склоняется въ пользу того болѣе правильнаго мнѣнія, что рубка лѣса не всегда входитъ въ составъ пользованія имѣніемъ.

Относительно договора подряда отмѣтимъ слѣдующее рѣшеніе, установляющее весьма разумное начало. При неисправности подрядчика, подряжающій имѣетъ право, съ разрѣшенія суда, произвести нужныя работы насчетъ неисправнаго, именно въ счетъ слѣдующихъ ему отъ подряжающаго денегъ, а если денегъ этихъ недостаточно, то неисправный подрядчикъ обязанъ доплатить из лишекъ (IV, 563). Въ такомъ случаѣ новый договоръ подряда значитъ будетъ служить достаточнымъ доказательствомъ убытковъ, понесенныхъ подряжающимъ отъ неисправности перваго подрядчика. Дѣйствительно, волостной судъ вообще придерживается того начала, что договоръ съ третьимъ лицомъ служитъ достаточнымъ доказательствомъ убытковъ, понесенныхъ отъ неисправности контрагента (I, 726, III, 7; IV, 526, 534). Наша судебная практика, какъ извѣстно, придерживается противоположнаго начала, неправильно примѣняя начала: inter alios actam aliis nec nocet nec prodest. Что касается подрядовъ, то только по договорамъ между

казной и частными лицами первая, въ случаѣ неисправности послѣднихъ, имѣетъ право производить покупки или работы насчетъ неисправнаго (ст. 1968 з. гр.). Волостной судъ справедливо распространяетъ это право и на отношенія между частными контрагентами, такъ какъ сущность договора нисколько не измѣняется отъ того, кто подряжающій—казна или частное лицо.

Руководствуясь въ своихъ рѣшеніяхъ не какими-нибудь теоріями или законными постановленіями, а безхитростнымъ инстинктомъ справедливости, волостной судъ между прочимъ выгодно отличается отъ общихъ судовъ еще и тѣмъ, что допускаетъ иски, основанные на правоотношеніяхъ, извѣстныхъ въ теоріи подъ именемъ negotiorum gestio. Если кто производилъ платежъ долга за другого, хотя бы и безъ его порученія, то тотъ имѣетъ право требовать отъ должника возмѣщеніе сдѣланной уплаты (I, 118). Въ практикѣ общихъ судовъ такой искъ безъ сомнѣнія не былъ бы удовлетворенъ, по отсутствію основаній въ законѣ, вопреки требованіямъ справедливости и основныхъ началъ права (nemo cum alterius detrimento locupletior fieri potest).

Извѣстно, что древнее право вообще требовало напоминанія со стороны кредитора должнику объ исполненіи обязательства или наступленіи срока. Правило: dies interpellat pro homine, въ силу котораго подобнаго напоминанія не нужно, явилось въ болѣе позднее время и характеризуетъ эпоху болѣе высокаго развитія правоваго быта. Въ обычномъ правѣ крестьянъ, повидимому, сохранились слѣды болѣе древняго воззрѣнія. По крайней мѣрѣ мы встрѣчаемъ рѣшеніе, въ которомъ провозглашено слѣдующее начало. Кто отыскиваетъ убытки отъ неисполненія договора, тотъ долженъ доказать, что обращался своевременно къ должнику съ требованіемъ исполненія и требованіе это осталось безуспѣшнымъ (II, 97).

Оригинальный видъ договоровъ выработанъ крестьянскимъ бытомъ вслѣдствіе того обстоятельства, что крестьяне вообще очень тяготятся выборомъ въ общественныя должности и стараются всѣми средствами избавиться отъ этой повинности. Крестьянинъ даетъ подписку обществу въ томъ, что обязывается уплатить въ его пользу 40 руб., если общество не будетъ выбирать его ни въ какія общественныя должности. По жалобѣ общества волостной судъ опредѣляетъ взыскать слѣдуемые по этой подпискѣ деньги (III, 90). Не подлежитъ, однако, сомнѣнію, что подобное обязательство юри-

дически недѣйствительно. Право общества выбирать тѣ или другія лица на разныя должности не есть частное, имущественное его право, подобно, напр., праву на общественную землю, а общественно-политическое, неподлежащее отчужденію договоромъ. Поэтому общество, несмотря на договоръ, вправѣ было выбрать даннаго крестьянина на любую должность, не подвергаясь никакой отвѣтственности за нарушеніе договора; слѣдовательно, и эквивалентъ обѣщанія обществу (обѣщаніе уплатить 40 р.) съ своей стороны тоже необязательно для лица давшаго подписку.

Относительно обязательствъ, вытекающихъ изъ деликта и квази-деликта обычное право представляетъ весьма мало данныхъ, изъ которыхъ укажемъ здѣсь на слѣдующія. Отецъ отвѣчаетъ за убытки, причиненные его малолѣтними дѣтьми (VI, 421); владѣлецъ за убытки, причиненные принадлежащими ему животными (VI, 536); хозяинъ за причиненный его работникомъ ущербъ чужому имуществу. О первомъ и послѣднемъ видѣ отвѣтственности мы говорили уже прежде, причемъ указано было на то, что народный судъ строже смотритъ на нее, чѣмъ писанный законъ. Относительно отношеній между хозяиномъ и работникомъ по поводу ущерба, причиненнаго послѣднимъ, укажемъ еще на слѣдующее пропущенное выше рѣшеніе, въ которомъ установлено слѣдующее начало. Хозяинъ не вправѣ вычесть изъ платы работника за то, что послѣдній испортилъ, если по обстоятельствамъ видно, что причиной этого былъ недостаточный надзоръ хозяина (VI, 5). Волостной судъ послѣдовательно придерживается того воззрѣнія, что хозяинъ обязанъ зорко смотрѣть за своими рабочими и отвѣтствовать за всякую сиіра съ его стороны въ этомъ отношеніи.

Обычай допускаетъ начало солидарной отвѣтственности передъ потерпѣвшимъ всѣхъ виновныхъ въ деликтѣ, нанесшемъ имущественный вредъ потерпѣвшему (начало нечуждое и нашему уголовному законодательству). Виновные въ присвоеніи найденнаго чужаго имущества отвѣчаютъ солидарно передъ хозяиномъ, если одинъ изъ нихъ несостоятеленъ (II, 83). Это согласно съ содержаніемъ ст. 648 зак. гр., по всей вѣроятности, однако, неизвѣстной волостнымъ судьямъ, постановившимъ упомянутое рѣшеніе. Отвѣтственность за небрежность въ исполненіи своихъ обязанностей признается волостнымъ судомъ и во многихъ другихъ случаяхъ. Напр., если кто въ качествѣ сторожа плохо стерегъ имущество хозяина и послѣдствіемъ этого была кража, тотъ подвер-

гается за это отвѣтственности передъ хозяиномъ; въ данномъ случаѣ долженъ былъ возвратить полученное жалованье (V, 149). Кто плохо лечилъ лошадь и она пала, долженъ уплатить половину ея стоимости (V, 34). Вообще убытки, происшедшіе отъ неосторожности, безъ злаго умысла виновнаго, должны быть имъ вознаграждены (I, 74).

Содержатель постоялаго двора отвѣчаетъ за пропажу у него вещей (III, 272). Такимъ же образомъ извощикъ отвѣчаетъ за пропажу взятаго имъ для перевозки имущества (V, 22, 40).

Наиболѣе важный въ сельскомъ быту видъ вознагражденія за убытки представляютъ правоотношенія, возникающія изъ потравъ. Чтобъ понять характеръ относящихся сюда обычаевъ, необходимо имѣть въ виду обычай найма общественнаго пастуха. Пастухи въ селеніяхъ бываютъ или частные, нанимаемые отдѣльными хозяевами, или общественные—на все селеніе. Плату общественный пастухъ получаетъ или по окончаніи лѣта, на которое онъ нанятъ, или среди лѣта. Въ послѣднемъ случаѣ пастухъ, оповѣстивъ предварительно хозяевъ, собираетъ скотъ въ загонъ и держитъ его тамъ, пока владѣльцы доставятъ слѣдуемую плату (значитъ и пастухъ имѣетъ право retentio въ обезпеченіе своей наемной платы). Какъ бы скоро скотина ни была взята владѣльцемъ изъ стада, пастухъ получаетъ половину платы за пастьбу. Онъ не отвѣчаетъ за потерю овцы отъ „звѣря" (волка), но за небрежность, наприм., если не пустилъ во время кровь. Относительно потравъ крестьяне держатся правила: не тотъ отвѣчаетъ, кто произвелъ потраву, но кто въ ней попался. Это происходитъ оттого, что крестьяне обыкновенно живутъ не на хуторахъ или фермахъ, а большими селеніями; поэтому крестьянинъ, находящійся нерѣдко довольно далеко отъ своего поля, не въ состояніи надзоромъ своимъ предупреждать потравы или отыскивать вознагражденіе за нихъ каждый разъ немедленно по учиненіи потравы. Обычай старается вознаградить за то хозяина, предоставляя ему право взысканія за все потравленное чьимъ бы то ни было скотомъ съ перваго попавшагося владѣльца. Такимъ образомъ, обычай имѣетъ въ виду дѣйствовать устрашеніемъ на владѣльцевъ скота, причиняющаго потраву, побуждая ихъ быть внимательнѣе въ надзорѣ за скотомъ. Общественныя власти иногда, однакожъ, обходятъ строгость этого обычая, стараясь выяснить, кто дѣйствительно виновенъ въ потравѣ и въ какомъ размѣрѣ.

Вообще однакожъ народъ и сельскія власти вѣрятъ въ упомянутое правило и пугаютъ имъ небрежныхъ владѣльцевъ скота. Пойманный на потравѣ скотъ рѣдко загоняютъ; обыкновенно отнимаютъ у пастуха одежду и держатъ ее, пока пастухъ или его хозяинъ придутъ за нею и вознаградятъ за потраву [1]).

При такой передачѣ въ вѣдѣніе пастуха всего скота принадлежащаго селенію естественно, что крестьяне считаютъ отвѣтственнымъ лицомъ за потраву не собственника скота, а пастуха, имѣющаго надзоръ за скотомъ. Поэтому волостной судъ присуждаетъ вознагражденіе за потраву съ пастуха (II, 119), или разлагаетъ штрафъ поровну на пастуха и владѣльца, если не доказано, что пастухъ одинъ виновенъ въ потравѣ своей небрежностью въ надзорѣ за скотомъ (II, 521).

Правила 18 іюля 1862 г. о вознагражденіи за потравы дѣлаютъ, въ смыслѣ началъ Положенія о крестьянахъ, рѣшительное отступленіе отъ принциповъ общаго гражданскаго и уголовнаго законодательства. Тогда какъ послѣднее относится строго-отрицательно ко всему, что носитъ характеръ „самоуправства", т.-е. что представляетъ самостоятельную, безъ посредства общественной власти, попытку индивида обезпечить свои права на чужое имущество или чужія дѣйствія, законъ 1862 г. дѣлаетъ уступку въ пользу народныхъ обычаевъ и практической необходимости, давая владѣльцу поврежденнаго земельнаго угодія право самовластно задержать скотъ, произведшій потраву, какъ доказательство и какъ обезпеченіе своей претензіи. Но для нашей задачи любопытно посмотрѣть, какъ, несмотря на очевидное желаніе законодателя поддержать по этому предмету нормы обычнаго права, въ дѣйствительности однако оффиціальный законъ и его примѣненіе существенно расходятся съ нуждами и понятіями сельскаго населенія. Такъ, во-первыхъ, законъ 1862 г. говоритъ только объ отвѣтственности владѣльца скота за произведенную послѣднимъ потраву. Поэтому кассаціонный сенатъ, какъ строгій блюститель буквальнаго смысла закона, утверждаетъ, что отвѣтственность эта можетъ падать во всякомъ случаѣ лишь на владѣльца скота, а не на пастуха [2]). Народный же обычай, какъ мы видѣли, смотритъ на это совершенно иначе и вполнѣ справедливо. Если скотъ

---

[1]) Наблюденія мироваго посредника (Основа 1862 г., кн. 2), стр. 33.

[2]) Гр. касс. рѣш. 1871 г., №№ 529, 621.

передается въ исключительное вѣденіе пастуха на все лѣто и владѣлецъ его не имѣетъ никакой возможности, будучи занятъ другими работами, смотрѣть за пастьбой скота, то крайне несправедливо освобождать отъ отвѣтственности пастуха, единственнаго прямаго виновника потравы по нерадѣнію въ исполненіи своей обязанности, и возложить ее на ни въ чемъ невиновнаго хозяина. Если законъ 1862 г. говоритъ только о владѣльцахъ скота, произведшаго потраву, то это вслѣдствіе невѣрнаго предположенія, что каждый владѣлецъ самъ смотритъ за своимъ скотомъ. И если принять въ соображеніе принципъ отвѣтственности каждаго за ущербъ, причиненный его дѣяніемъ или упущеніемъ (ст. 684 з. гр.), то пожалуй окажется, что и въ данномъ случаѣ, какъ во многихъ другихъ, буквальное толкованіе сената несогласно со внутреннимъ смысломъ закона.

Во-вторыхъ, законъ 1862 г. предоставляетъ владѣльцу поврежденнаго угодья только право задержаніе скота впредь до выкупа. Поэтому кассаціонный сенатъ полагаетъ, что нельзя продать задержанный скотъ, какъ бы долго ни тянулось дѣло о потравѣ и какъ бы обременительно ни было для задержавшаго содержаніе скота [1]). Самая формулировка этого тезиса напоминаетъ извѣстное: summum jus summa injuria, принципъ, имѣющій особое значеніе въ сельскомъ быту. Мы видѣли, что крестьяне предпочитаютъ задержать одежду пастуха, чѣмъ скотъ, произведшій потраву; и это очень понятно, въ виду того, что задержаніе скота налагаетъ обязанность кормить его и имѣть уходъ за нимъ до окончанія дѣла, что иногда тянется довольно долго и для крестьянина вообще обременительно, а для инаго, по неимѣнію средствъ и времени, можетъ быть совсѣмъ неисполнимо.

Законъ 1862 г. имѣлъ въ виду болѣе помѣщиковъ и охраненіе ихъ угодій отъ крестьянскаго скота. Къ крестьянскому же быту правило, установленное упомянутымъ сенатскимъ рѣшеніемъ, не примѣнимо во всей строгости.

Итакъ, даже въ законѣ, имѣвшемъ прямой своей задачей удовлетвореніе нуждамъ сельскаго быта и повидимому хорошо приноровленномъ къ этимъ нуждамъ, обычный крестьянскій бытъ не находитъ удовлетворительнаго разрѣшенія споровъ, въ немъ возникающихъ, и долженъ по прежнему руководиться своими собствен-

---

[1]) Тамъ же, № 112.

ными правилами, игнорируя оффиціальное право. Такъ велико разстояніе, отдѣляющее у насъ во всѣхъ отношеніяхъ высшія сословія съ ихъ понятіями, правилами и законами отъ крестьянскаго быта съ его системой обычнаго права.

Слѣдуетъ замѣтить еще, что указанные обычаи имѣютъ сходство съ германскими. Памятники стараго обычнаго права Германіи указываютъ на то, что общественный наемъ пастуховъ былъ не только въ употребленіи, но даже былъ обязателенъ, въ видахъ охраненія пастьбищъ отъ неравномѣрнаго и неумѣреннаго пользованія. Отдѣльные хозяева не имѣли права держать своихъ пастуховъ, но должны были отдавать свой скотъ въ общественное стадо подъ надзоръ общаго пастуха. Вмѣстѣ съ тѣмъ пастухъ, по германскимъ обычаямъ, отвѣчаетъ за всякое поврежденіе скота, если не принималъ зависящихъ отъ него мѣръ предосторожности [1]). Существенное отличіе заключается только въ томъ, что по большой юридической развитости германскаго племени, большей способности его къ прочнымъ правовымъ формамъ, тамъ возведенъ въ обязательный тотъ порядокъ, который и у нашихъ крестьянъ повсемѣстно принятъ обычнымъ, но безъ формальной юридической санкціи.

Источникомъ обязательствъ по обычаямъ можетъ быть и судебное рѣшеніе. Мы упоминали уже о томъ, что волостной судъ назначаетъ самъ періодическую неустойку на случай неплатежа должникомъ въ срокъ и опредѣляетъ арендную цѣну, если она не установлена ясно договоромъ. Точно также, по обычаю полтавской губерніи, волостной судъ вообще назначаетъ неустойку по своему усмотрѣнію, если она не опредѣлена договоромъ (IV, 664).

Особенное значеніе имѣетъ въ обычномъ правѣ разрядъ обязательствъ, вытекающихъ изъ закона (obligationes ex lege), куда мы относимъ законныя ограниченія права собственности владѣльца въ интересахъ другихъ лицъ, законные сервитуты, различныя обязанности, налагаемыя міромъ на частный бытъ крестьянъ. Общее право исходитъ изъ основнаго воззрѣнія на полную имущественную независимость каждаго индивида, подлежащую весьма немногимъ ограниченіямъ въ видахъ общественнаго интереса. Въ сельскомъ быту, напротивъ, каждый крестьянинъ разсматривается главнымъ образомъ и прежде всего какъ членъ міра, а потомъ

[1]) Графъ и Дитгеръ. S. 74 и 275.

уже какъ самостоятельное лицо, и эта тѣсная связь крестьянина съ міромъ имѣетъ большое вліяніе и на его частное хозяйство. Обычному праву чуждо понятіе о совершенной независимости частнаго хозяйственнаго быта отъ вторженія какого бы то ни было чуждаго элемента. Не только круговая порука въ платежѣ податей, но вообще солидарность интересовъ, неизбѣжная при тѣсномъ сожительствѣ въ селеніи, побуждаетъ обычное право допускать массу ограниченій личной и имущественной свободы крестьянина въ интересахъ его сосѣдей и всего міра. Такъ міръ судитъ за худую изгородь у полей, судитъ за нерадѣніе къ хлѣбопашеству и за неплатежъ податей [1]). По обычаю, всѣ хозяева квартала должны принимать участіе въ общественной работѣ одновременно, причемъ, если кто отъ этого уклоняется, то другіе имѣютъ право его „грабить" (забрать что-либо изъ его имущества въ обезпеченіе штрафа, на него падающаго). Однако волостной судъ штрафуетъ за этотъ „грабежъ", вѣрный своему правилу, что нужно обращаться къ начальству въ подобномъ случаѣ, а не самовольно дѣйствовать (V, 426).

Если крестьянинъ вырылъ на своей землѣ яму, угрожающую опасностью скоту, то судъ предоставляетъ каждому право не отыскивать убытки въ случаѣ поврежденія, а просто засыпать яму, не стѣсняясь этимъ вторженіемъ въ чужую собственность (V, 486). Волостной судъ обязываетъ крестьянъ, согласно обычаю, огораживать свои поля для предупрежденія потравъ и споровъ (Ш, 213). Этотъ обычай признается и германскимъ правомъ. Всякій обязанъ огораживать свои поля, исключая тѣхъ, которыя лежатъ внѣ селенія, и потому не могутъ дать повода къ спорамъ съ сосѣдями. Изгородь есть хранитель мира и ограда правъ собственности. Кто крадетъ съ огороженнаго поля, подвергается гораздо болѣе тяжкому наказанію, чѣмъ при отсутствіи изгороди [1]).

Особенное значеніе имѣетъ въ крестьянскомъ быту такъ-наз. Nachbarrecht, т.-е. разнаго рода легальные сервитуты и ограниченія правъ собственности владѣльца въ интересахъ его сосѣдей. Большая часть относящихся сюда обычаевъ до сихъ поръ вовсе неизвѣстна, такъ какъ дѣла этого рода и до волостнаго суда доходятъ лишь въ весьма рѣдкихъ случаяхъ, а обыкновенно окан-

---

[1]) Сбор. нар. юрид. обыч. арханг. губ., стр. 230.

[1]) Графъ и Дитгеръ, S. 89.

чиваются въ случаѣ спора на селѣ при участіи старосты, міра, стариковъ или сосѣдей. Немногія указанія, попавшіяся намъ на глаза въ трудахъ коммисіи, мы сгруппируемъ здѣсь, сознавая однакожъ крайнюю ихъ скудость.

Если дерево свѣсилось на землю сосѣда, то послѣдній можетъ требовать, чтобъ владѣлецъ срубилъ данныя вѣтви во избѣжаніе споровъ (I, 360). Авторъ статьи „Крестьянскій судъ“, защищая волостной судъ и особенности крестьянскаго права, допускаетъ однако, что рѣшеніе это „очень смѣшно“ въ глазахъ образованнаго человѣка [1]). Но такое сужденіе доказываетъ только, съ какой поверхностностью судятъ у насъ о вопросахъ, относящихся къ обычному праву. На самомъ дѣлѣ указанное рѣшеніе не заключаетъ въ себѣ ничего страннаго или смѣшнаго. Европейская юриспруденція, не говоря уже объ обычномъ правѣ, не находитъ этотъ предметъ слишкомъ мелкимъ для своего анализа и разрѣшаетъ его въ сущности такъ же, какъ и волостной судъ. Римское право допускаетъ въ подобномъ случаѣ со стороны сосѣда искъ объ устраненіи дерева или его вѣтвей (actio negatoria). Германскіе обычаи признаютъ или право сосѣда срубить вѣтви въ свою пользу, или право его требовать, чтобъ собственникъ самъ срубилъ ихъ [2]). Право прохода и проѣзда чрезъ чужую землю при отсутствіи другой дороги (въ видѣ законнаго сервитута, независимо отъ договора) тоже признается повсемѣстно обычаемъ (соотвѣтственно нѣмецкому Nothweg). Владѣлецъ земли, чрезъ которую пролегаетъ подобная дорога сосѣда, можетъ загородить ее только въ томъ случаѣ, если устроитъ взамѣнъ ея другую неменѣе удобную (I, 783). При неимѣніи другой дороги къ своей землѣ владѣлецъ можетъ проходить чрезъ землю сосѣда, но долженъ стараться при этомъ не вредить ему ни въ чемъ (IV, 74). Обычай понимаетъ общее значеніе перевозки и проѣзда, какъ юридическаго цѣлаго, независимо отъ проявленія этого права въ разныхъ видахъ. Отсюда слѣдующее рѣшеніе. Если кто обязался содержать плотину съ цѣлью дать жителямъ возможность проѣзда, тотъ, въ случаѣ если по неисправности плотины жители обязаны переѣзжать чрезъ содержимый имъ паромъ, не имѣетъ права требовать съ нихъ особой за это платы (VI, 630). Значитъ, кто по догово-

[1]) „Отечеч. Зап.“, 1874 г., кн. I, стр. 218.

[2]) Блунчли, Deutsches Privatrecht (3-е изд.), s. 261.

ру имѣетъ право iter, actus и пр., тотъ имѣетъ это право независимо отъ измѣненій въ видахъ переѣзда, если измѣненія эти отъ него не зависятъ.

По жалобѣ крестьянина волостной судъ обязываетъ его сосѣдей не сливать воду въ его ровъ, чрезъ что опасность затопленія угрожаетъ его землѣ, подъ опасеніемъ штрафа (IV, 177).

Слабое развитіе индивидуализма въ хозяйственномъ быту крестьянина приводитъ между прочимъ къ незаконному и несправедливому вторженію міра въ частный бытъ своихъ членовъ при всякомъ случаѣ. Мы видѣли въ разныхъ мѣстахъ этого очерка, какъ міръ, въ преслѣдованіи своихъ интересовъ, вторгается и въ семейный бытъ крестьянина (выдавая замужъ сиротъ, опредѣляя, кто изъ нѣсколькихъ жениховъ долженъ получить невѣсту и т. под.), въ сферу его договоровъ и сдѣлокъ, наконецъ въ распоряженіе его хозяйствомъ. Міръ старается также оттянуть въ свою пользу часть достоянія крестьянина, особенно его земли, при всякомъ удобномъ случаѣ. Что волостной судъ вездѣ болѣе или менѣе является противникомъ такихъ поползновеній міра и всякихъ стѣснительныхъ для личной свободы обычаевъ, мы имѣли случай замѣтить уже не разъ. Здѣсь укажемъ еще на слѣдующій любопытный фактъ. Обыкновенно сельское общество имѣетъ сильное поползновеніе такъ или иначе взять рекрутскую квитанцію на міръ, или что нибудь выговорить себѣ на часть (въ такомъ случаѣ крестьяне говорятъ, что міръ „самъ выкаетъ“). Въ подобныхъ случаяхъ члены семейства, которому принадлежитъ квитанція „производятъ“ жалобу волостному суду и онъ, за весьма рѣдкими исключеніями, рѣшаетъ дѣло безпристрастно, въ пользу законныхъ владѣльцевъ и противъ неосновательныхъ притязаній міра. Если владѣльцы квитанцій не воспользовались своимъ правомъ, то общества обыкновенно забираютъ ихъ въ свою пользу, но и въ этомъ случаѣ волостной судъ удовлетворялъ запоздалыя жалобы владѣльцевъ, присуждая общество или къ денежному вознагражденію или къ освобожденію навсегда сына ратника отъ рекрутской повинности и отъ прочихъ тягостей до совершеннолѣтія. Волостной судъ часто кассируетъ неправильные общественные приговоры по этого рода дѣламъ, причемъ владѣлецъ возвращаемой отъ общества квитанціи обязывается уплатить обществу его расходы [1]).

---

[1]) День, 1864 г., № 3 (ст. г. Гильтебрандта).

Послѣ этого обзора обычаевъ по матеріальному гражданскому праву скажемъ еще нѣсколько словъ объ особенностяхъ гражданскаго процесса въ народномъ судѣ. Вопросы, сюда относящіеся, были уже предметомъ разсмотрѣнія прежде, при характеристикѣ условій дѣятельности волостнаго суда и его отношеній къ другимъ правительственнымъ учрежденіямъ. Здѣсь поэтому укажемъ только на нѣкоторые пункты.

Извѣстно, какъ недовѣрчиво и даже враждебно относится крестьянинъ, а вслѣдствіе этого и волостной судъ, къ адвокатамъ, брехунцамъ, какъ называютъ ихъ на югѣ. Вредное вліяніе адвокатовъ на судѣ составляетъ одинъ изъ главныхъ пунктовъ крестьянскихъ соображеній о достоинствахъ и недостаткахъ той или другой формы суда. Не слѣдуетъ думать, что это плодъ крестьянскаго невѣжества, его неспособности понимать пользу высшихъ формъ отправленія правосудія. Отвращеніе къ адвокатамъ есть явленіе историческое въ быту русскаго народа. Уже въ южно-русскихъ городахъ Магдебургскаго права (при польскомъ владычествѣ), встрѣчаемъ правило о недопущеніи атвокатовъ въ судъ, „чтобъ отъ прокураторскихъ вымысловъ въ судѣ неправды не было“ (грамота г. Могилева отъ 1645 года) [1]. Но явленіе это не составляетъ особенности русскаго быта. Древніе германцы ненавидѣли адвокатовъ и когда кто изъ нихъ попадался имъ въ плѣнъ, они выкалывали ему глаза [2])

Это народное воззрѣніе не потеряло до сихъ поръ практическаго значенія и на Западѣ. Норвегія—единственная въ западной Европѣ „страна мужиковъ“, страна съ преобладающимъ земледѣльческимъ населеніемъ, состоящимъ изъ мелкихъ поземельныхъ собственниковъ и сохранившимъ въ неприкосновенности свое обычное право, которое здѣсь, однакожъ, существуетъ не, такъ сказать, инкогнито и благодаря особому снисхожденію закона, какъ у насъ, а напротивъ, само подчинило себѣ оффиціальное право, основанное здѣсь на народныхъ обычаяхъ и понятіяхъ. Въ этой странѣ мы видимъ и теперь слѣдующую судебную организацію. Каждый гражданскій процессъ долженъ предварительно представленія въ общее судебное мѣсто быть подвергнутъ разсмотрѣнію въ судѣ посредническомъ, состоящемъ изъ выборныхъ

---

[1]) Акты истор., т. IV, № 88.

[2]) Беко, организація уголовной юстиціи (перев. Рождественскаго), стр. 148.

лицъ не-юристовъ. Здѣсь адвокаты не допускаются. Всѣ доказательства должны быть представлены уже въ этой инстанціи. Если примиренія не состоится (на это должны быть направлены всѣ усилія посредниковъ), дѣло переходитъ въ общій судъ по принадлежности. Здѣсь адвокаты допускаются, но судъ не принимаетъ новыхъ доказательствъ. Такимъ образомъ адвокату предоставляется только квалификація фактовъ, юридическій анализъ дѣла, но онъ не можетъ, даже въ общихъ судахъ, имѣть большое вліяніе на фактическую сторону процессовъ (собираніе доказательствъ, сознаніе сторонъ, склонность ихъ къ компромиссамъ и окончанію дѣла присягой и т. под.). Англійскій наблюдатель, описывая благотворныя послѣтствія этой системы, сравниваетъ ее съ англійскимъ судомъ, гдѣ дѣятельность адвокатовъ получила такое громадное развитіе, а самодѣятельность сторонъ на судѣ совершенно немыслима. Ловкость англійскихъ адвокатовъ, замѣчаетъ онъ между прочимъ, хотя и дѣлаетъ имъ честь, но результаты ея едва ли соотвѣтствуютъ требованіямъ справедливости [1]).

Эти аналогіи, однако, не разъясняютъ намъ дѣйствительнаго raison-d'être того отвращенія, которое питаетъ волостной судъ къ адвокатамъ. Дѣло въ томъ, что при совершенной почти безграмотности нашего крестьянства и затруднительности доказывать всякое право свидѣтелями, народный судъ очень часто имѣетъ въ виду личное сознаніе сторонъ, какъ главное доказательство ихъ взаимныхъ правъ и обязанностей. При высокомъ уровнѣ добросовѣстности въ массѣ крестьянъ сознаніе является здѣсь дѣломъ весьма обыкновеннымъ. Выше, говоря о долговыхъ обязательствахъ, мы указали уже на то, что по заявленію крестьянъ честный человѣкъ не отказывается отъ своего долга и потому кредиторъ не имѣетъ надобности представлять доказательства своего требованія.

Мы привели также другое заявленіе крестьянъ: „когда дѣло извѣстно всему міру, на что тутъ доказательства?“ Подобнаго рода взгляды имѣютъ большое вліяніе на ходъ правосудія въ волостномъ судѣ. Личное сознаніе отвѣтчика при отсутствіи доказательствъ со стороны истца представляется здѣсь явленіемъ обыкновеннымъ. Встрѣчаемъ даже такія отмѣтки въ рѣшеніяхъ: „отвѣтчикъ сознался, что онъ дѣйствительно поступилъ съ истцомъ противъ совѣсти“ (I, 685).

[1]) С. Лаингъ, Reise in Norwegen, 1843, s. 154.

Вообще личность сторонъ и ихъ поведеніе на судѣ играетъ *огромную роль въ разбирательствѣ* у народныхъ судей. Они преимущественно имѣютъ дѣло не съ абстрактными правовыми вопросами и имущественными интересами, а съ конкретными личностями (объ этомъ послѣ). Поэтому, напр., если истецъ извѣстенъ суду, какъ человѣкъ хорошій, онъ присуждаетъ половину требованія и безъ доказательствъ (I, 108). Кто болѣе запинается въ своихъ объясненіяхъ на судѣ и тѣмъ указываетъ на свою виновность, тотъ долженъ платить болѣе другихъ при наличности нѣсколькихъ отвѣтчиковъ (I, 119). При такомъ преобладающемъ значеніи личности сторонъ и ихъ явки на судъ понятно, что крестьяне относятся враждебно къ явкѣ повѣренныхъ, которые переворачиваютъ вверхъ дномъ весь указанный строй процесса: отъ повѣреннаго невозможно ожидать сознанія; напротивъ оффиціальная юриспруденція учитъ, что „золотое правило отвѣтчика въ гражданскомъ процессѣ — умѣнье молчать" [1]), т. е. отрицать свои обязательства, если истецъ не имѣетъ возможности ихъ доказать. При повѣренныхъ исчезаетъ вообще личность сторонъ, составляющая существенную принадлежность процесса въ народномъ судѣ. Этимъ достаточно объясняется отвращеніе крестьянъ къ адвокатамъ-брехунцамъ.

Иногда сторона нарочно уменьшаетъ цѣну иска для того, чтобъ разбираться въ волостномъ судѣ, а не у мироваго (V. 533). Но любопытно, что волостной судъ не допускаетъ раздробленія иска съ цѣлью сдѣлать его подсуднымъ волостному суду (IV, 196). Онъ становится здѣсь на ту юридически правильную точку зрѣнія, съ которой кассаціонный сенатъ призналъ незаконнымъ раздробленіе иска съ цѣлью подчинить его вѣдѣнію мироваго суда.

Народному суду не чуждо понятіе о наказаніяхъ за неправильное вчинаніе исковъ (poenae temere litigantium древне-римскаго права). Такъ, въ одной волости крестьяне заявили, что совершенно неосновательныхъ жалобъ у нихъ не бываетъ, но еслибъ таковыя встрѣтились, то слѣдовало бы таковыхъ жалобщиковъ подвергать взысканію (IV, 296). Во многихъ мѣстностяхъ это мнѣніе примѣняется на дѣлѣ и виновные въ принесеніи совершенно неправильныхъ жалобъ подвергаются штрафу или аресту

---

[1]) Суд. Вѣстн. 1872 г., № 212.

(II, 463, 471, 479; III, 25: 101, 200; IV, 257, 305, 316; V, 502). Это находится въ связи съ тѣмъ обстоятельствомъ, что народный судъ, въ противоположность оффиціальному, преслѣдуетъ и въ гражданскомъ процессѣ достиженіе не формальной, а матеріальной правды (объ этомъ послѣ).

Относительно системы доказательствъ слѣдуетъ замѣтить слѣдующее. Тогда какъ общій судебный строй, исходя изъ болѣе развитыхъ понятій о доказательствахъ, допускаетъ окончаніе дѣла присягой только по взаимному согласію сторонъ, т.-е. въ качествѣ мировой сдѣлки, а не какъ доказательство въ обыкновенномъ смыслѣ, народный судъ мѣстами удержалъ старинное воззрѣніе всѣхъ законодательствъ (существующее и теперь во многихъ западныхъ законодательствахъ) на присягу, какъ на одинъ изъ видовъ доказательствъ въ процессѣ. При невозможности разъяснить дѣло доказательствами волостной судъ предлагаетъ одной изъ сторонъ присягу и этимъ дѣло кончается (I, 424, 460). Вообще между обычно - правовыми воззрѣніями на судебную роль присяги сторонъ и правилами судебныхъ уставовъ объ этомъ предметѣ существуетъ непримиримый антагонизмъ, но объ этомъ распространяться здѣсь было бы неудобно.

Извѣстно, что въ общемъ процессѣ свидѣтельскія показанія, какъ видъ доказательства, играютъ весьма незначительную роль сравнительно съ письменными доказательствами. Самъ законъ относится недовѣрчиво къ свидѣтелямъ въ гражданскомъ процессѣ и значительно ограничиваетъ кругъ примѣненія этого вида доказательства; судебная же практика, какъ извѣстно, идетъ еще далѣе въ этомъ направленіи и почти уничтожаетъ возможность доказать спорное право свидѣтелями въ общемъ судѣ. Въ волостномъ судѣ естественно это представляется въ обратномъ видѣ. При повальной безграмотности сельскаго населенія свидѣтельскія показанія должны въ народномъ судѣ, какъ нѣкогда у всѣхъ народовъ, имѣть гораздо большее практическое значеніе, тѣмъ письменныя доказательства. Дѣйствительно, въ нѣкоторыхъ волостяхъ судъ отдаетъ предпочтеніе письменнымъ доказательствамъ, въ другихъ свидѣтелямъ (напр., I, 124, 129). Встрѣчаемъ указанія такого рода, что по понятіямъ крестьянъ даже въ роспискѣ всего болѣе цѣнится подпись свидѣтелей (V, 506). Такимъ образомъ, хотя большей частью крестьяне заявили коммисіи, что они ставятъ письменныя доказательства выше свидѣтелей, но изъ этого невоз-

можно вывести заключеніе о сходствѣ въ этомъ отношеніи обычнаго права съ оффиціальнымъ. Не слѣдуетъ упускать изъ виду слѣдующихъ двухъ соображеній. Во-первыхъ, крестьянскій судъ, если и предпочитаетъ письменный актъ, никогда не считаетъ однакожъ отсутствіе его основаніемъ потери самаго права, допуская доказываніе всякаго рода правъ свидѣтелями. Во-вторыхъ, обычай и въ письменномъ актѣ видитъ главнымъ образомъ консолидацію, такъ сказать, свидѣтельскихъ показаній, гарантію ихъ большей достовѣрности, а не устраненіе этого вида доказательствъ; поэтому обычай считаетъ свидѣтелей необходимыми участниками и сдѣлки или акта, совершеннаго письменно и подпись ихъ болѣе существенной подчасъ, чѣмъ подпись самихъ контрагентовъ. Отсюда, ясно, какъ радикально расходится въ этомъ отношеніи обычное право съ оффиціальнымъ.

Волостной судъ постановляетъ иногда рѣшенія условныя, напр., въ пользу истца до представленія отвѣтчикомъ доказательствъ въ свою пользу (I, 114). Это нѣчто въ родѣ нѣмецкаго Beweisinterlokut'а, но въ другомъ направленіи.

Бываетъ, что волостной судъ отмѣняетъ собственное рѣшеніе вслѣдствіе представленія сторонами новыхъ доказательствъ. Бываетъ также, что онъ присуждаетъ больше требованія сторонъ (II, 647). Всякое сомнѣніе судъ толкуетъ въ пользу отвѣтчика (I, 645). Судъ принимаетъ мѣры охраненія спорнаго имущества, напр., при спорахъ между женой и мужемъ имущество ихъ описывается и поручается на храненіе старостѣ (III, 340). Рѣшенія постановляются не только въ видѣ разрѣшенія спора объ опредѣленномъ имуществѣ; напр., судъ обязываетъ отвѣтчика не вступаться во владѣніе истца и не притѣснять его (I, 398). Это — интердиктъ retinendae possessionis, очень слабо развитой въ нашемъ правѣ.

Сдѣлаемъ еще нѣсколько замѣчаній о характерѣ обычнаго уголовнаго права сравнительно съ общимъ законодательствомъ. Капитальное различіе между этими двумя правовыми системами замѣчается съ древнѣйшаго времени, именно еще съ княжескаго періода [1]). Антагонизмъ этотъ продолжаетъ существовать до сихъ поръ. Онъ замѣчается уже относительно основнаго вопроса о предѣлахъ гражданской и уголовной неправды. Мы видѣли прежде,

---

[1]) См. статью г. Сухова въ Юрид. Вѣстн. 1873 и 1874 гг.

что обычай, теперь какъ и въ старину, считаетъ уголовно-преступнымъ и наказуемымъ нарушеніе договора при извѣстныхъ условіяхъ, напр., нежеланіе платить долгъ при имѣніи средствъ, уклоненіе отъ исполненія договора найма безъ основательныхъ причинъ и т. п. Сенатъ же, напротивъ, настаиваетъ на томъ, что неисполненіе обязательствъ и въ частности нарушеніе договора найма есть лишь гражданское правонарушеніе, не влекущее никакихъ уголовныхъ послѣдствій [1]). Съ точки зрѣнія нашихъ законовъ этотъ взглядъ, конечно, правиленъ.

Съ другой стороны сенатъ, на основаніи ст. 145 уст. о нак., налаг. мир. суд., признаетъ уголовно-наказуемыми множество такихъ дѣяній, которыя въ крестьянскомъ быту, по обычному праву, считаются чисто-гражданскими правонарушеніями [2]). Многія преступленія, весьма строго караемыя общими уголовными законами, считаются маловажными по обычному праву. Сюда относятся между прочимъ преступленія противъ союза семейнаго. Снохачество наказывается у крестьянъ нѣсколькими розгами, а по уложенію подлежитъ весьма тяжкой карѣ. Нанесеніе обиды дѣйствіемъ восходящему родственнику по уложенію наказывается очень строго, а по обычному праву драка между дѣтьми и родителями, какъ явленіе обыденное въ крестьянскомъ быту, не считается ничѣмъ особеннымъ. Считаемъ нелишнимъ привести здѣсь мнѣніе одного англійскаго писателя о суровыхъ наказаніяхъ за оскорбленіе родителей на континентѣ. „Въ Англіи", говоритъ онъ, „насиліе противъ родителей наказывается на основаніи общаго закона о насиліи, безъ соображенія нравственныхъ особенностей отношенія между родителями и дѣтьми, такъ какъ для этого нуженъ былъ бы особый законъ на всякій отдѣльный случай: характеръ семейныхъ отношеній весьма разнообразенъ въ дѣйствительности; нерѣдко бываютъ случаи, что родители своимъ обхожденіемъ сами даютъ поводъ къ дурнымъ дѣйствіямъ со стороны дѣтей. Примѣнять въ такихъ случаяхъ строгій законъ о высокой наказуемости дѣтей, виновныхъ въ оскорбленіи родителей, было бы весьма несправедливо" [3]). Если имѣть въ виду грубость нравовъ нашего крестьянина и то, какъ легко онъ смотритъ

[1]) Гр. касс. рѣш. 1870 г., № 952 и 1867 г. № 502.

[2]) Угол. касс. рѣш. 1868 г., № 105; 1870 г. №№ 1126, 1327; 1871 г. № 499.

[3]) Лаингъ, Reise in Schweden, S. 225.

на драку всякаго рода, въ томъ числѣ и семейную, то надо признать, что примѣненіе относящихся сюда правилъ уложенія о нак. со всей строгостью къ крестьянскому быту было бы величайшимъ несчастіемъ для крестьянъ и въ то же время большой несправедливостью.

Извѣстно далѣе, что сельское населеніе смотритъ иначе, чѣмъ положительный законъ на нѣкоторые виды преступленій противъ чужой собственности, особенно на порубки въ чужомъ лѣсу. Самый честный крестьянинъ не считаетъ грѣхомъ нарубить возъ дровъ въ чужомъ лѣсу [1]). Объ этомъ общеизвѣстномъ явленіи нѣтъ надобности распространяться здѣсь, а равно о томъ, что воззрѣніе это раздѣляется вездѣ народной массой.

Съ другой стороны, обычай относится къ нѣкоторымъ наказуемымъ дѣяніямъ строже, чѣмъ законъ. Напр., волостной судъ налагаетъ большой штрафъ за работу въ воскресенье (V, 513). За присвоеніе приблудныхъ гусей безъ объявленія начальству налагается строгое денежное взысканіе (V, 144). Волостной судъ подвергаетъ аресту парней и дѣвокъ, которые, разложивъ огонь близъ деревни, прыгали чрезъ него, въ воспоминаніе народнаго (со временъ язычества) праздника купалы (VI, 172). Волостной судъ преслѣдуетъ также разнаго рода другіе старинные обычаи, стѣснительные для личной свободы крестьянина, въ случаѣ жалобы потерпѣвшаго. Мы привели уже примѣры этого прежде и теперь укажемъ еще на слѣдующее рѣшеніе. Крестьяне остановили свадебный поѣздъ при въѣздѣ его въ деревню, требуя водки за пропускъ на основаніи старинннаго обычая. Волостной судъ, по жалобѣ жениха, привлекъ виновныхъ къ отвѣтственности, но оставилъ ихъ безъ наказанія единственно вслѣдствіе примиренія съ потерпѣвшимъ [2]).

Волостной судъ иногда наказываетъ за мученіе животныхъ на основаніи правилъ общества покровительства животнымъ (III, 208). Что народный судъ относится строже къ буйству въ семьѣ, пропиванію домашнихъ вещей, угнетенію большакомъ подчиненныхъ членовъ семьи и т. под. проступкамъ, чѣмъ общіе законы, оставляющіе ихъ большей частью безъ всякой репрессіи— было упомянуто уже выше при обзорѣ семейныхъ правоотношеній.

---

[1]) Лѣтнія экскурсіи („Голосъ" 1874 г., № 258).

[2]) „День" 1864 г., № 20.

Относительно системы наказаній обычное право представляетъ, можетъ быть, еще болѣе существенныя уклоненія отъ началъ оффиціальнаго права. Во-первыхъ, обычное право знаетъ нѣкоторыя наказанія, вовсе неизвѣстныя общему праву. Сюда относятся прежде всего обычай „срамить" преступника, т.-е. подвергать его публичному предъ обществомъ обезчещивающему наказанію (водить по деревнѣ съ украденной вещью, въ неприличномъ видѣ и т. под.). Во многихъ волостяхъ кіевской губерніи обычай этотъ существуетъ во всей силѣ до сихъ поръ (см. т. V въ разн. мѣст.). Онъ существуетъ также въ восточной Россіи и объясняютъ его крестьяне тѣмъ, что „сраму и огласки всего болѣе боятся" (VI, 473). Въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ обычай этотъ выводится, вслѣдствіе того, что виновные не подчиняются ему добровольно, заводятъ жалобы, которыя влекутъ для крестьянъ непріятности (IV, 305). Отсюда видно, что обычныя наказанія, какъ вообще большая часть обычнаго права, держатся на добровольномъ подчиненіи всѣхъ крестьянъ, на убѣжденіи въ ихъ справедливости и соотвѣтственности народнымъ понятіямъ.

Слѣдуетъ замѣтить еще, что наказанія этого рода свойственны обычному праву и другихъ европейскихъ народовъ. Напр., у нѣмцевъ былъ обычай водить вора по селу въ унизительномъ видѣ и другія наказанія въ этомъ родѣ [1]). Нетрудно уяснить себѣ внутреннее основаніе этого рода наказаній. Гдѣ личная жизнь имѣетъ мало самостоятельности, община почти всецѣло поглощаетъ личность каждаго своего члена, тамъ наказанія, направленныя исключительно на тѣло и имущество виновнаго, не такъ для него чувствительны и не имѣютъ такого устрашающаго дѣйствія, какъ наказанія, направленныя на честь преступника. И, наоборотъ, въ обществѣ съ индивидуалистическимъ складомъ жизни, гдѣ каждый живетъ исключительно для себя и безъ тѣсной связи съ окружающимъ обществомъ, тамъ наказанія этого рода не имѣютъ серьёзнаго значенія сравнительно съ наказаніями, имѣющими своимъ объектомъ болѣе важныя для преступника блага: личность и имущество.

Другая, болѣе важная особенность обычной системы наказаній—розги, почти неизвѣстныя теперь нашей общей уголовной юстиціи и играющія такую видную роль въ практикѣ народнаго

---

[1]) Графъ и Дитгеръ, s. 347.

суда. Большинство отзывовъ, данныхъ предъ коммисіей, было въ пользу сохраненія тѣлеснаго наказанія, какъ необходимаго въ крестьянскомъ быту. Но было бы несправедливо приписать этотъ прискорбный фактъ исключительно грубости нравовъ крестьянства и отсутствію у него уваженія къ достоинству личности. Необходимо принять въ соображеніе тѣ особенности крестьянскаго быта, въ силу которыхъ личной собственности у крестьянина почти нѣтъ, а трудъ составляетъ главный, часто единственный источникъ пропитанія. При такихъ условіяхъ имущественныя наказанія или неосуществимы или падаютъ тяжкимъ бременемъ на семью осужденнаго, т. е. нерѣдко ведутъ ее къ раззоренію. Остается тѣлесное наказаніе, какъ падающее единственно на виновнаго, не раззорительное для него и въ то же время устрашающее. При всемъ томъ, мы видимъ, что тѣлесное наказаніе далеко не вездѣ одобряется народомъ и примѣняется имъ какъ видъ наказанія. Есть волости (въ полтавскомъ уѣздѣ), гдѣ розги совершенно вышли изъ употребленія: съ 1865—1872 г. не было ни одного приговора волостнаго суда о тѣлесномъ наказаніи (IV, 213, 271, 295). „Розгами наказывать“, разсуждаютъ крестьяне нѣкоторыхъ мѣстностей, „совсѣмъ не приходится: кто дурной человѣкъ, того и розгами не исправишь“ (IV, 471). „На мѣсто того, лучше бы имъ (обвиненнымъ) работу давать“ (IV, 488). „Розги можно бы совсѣмъ уничтожить: худого человѣка не исправишь ими, а хорошаго испортишь (IV, 522). Въ екатеринославской губерніи крестьяне заявили во многихъ мѣстностяхъ слѣдующее: „розги у насъ не въ обыкновеніи; даже недоимщиковъ не сѣкутъ“ (V, 396). „Штрафъ— наказаніе болѣе полезное, чѣмъ розги“ (ib. 417). „Розги безполезны и ихъ надо уничтожить“ (ib. 429). „При помѣщикахъ много били, а пользы мало было“ (ib. 435). „Лучше усилить штрафы“ (ib. 442). Въ кіевской губерніи тоже мѣстами розогъ нѣтъ уже (V, 6, 32, 44, 47); любопытно при этомъ заявленіе крестьянъ, что они не примѣняютъ тѣлеснаго наказанія оттого, что слышали, будто розги отмѣнены закономъ (V, 6). У менонитовъ и вообще нѣмецкихъ колонистовъ розги не примѣняются къ колонистамъ, но къ русскимъ работникамъ, живущимъ у колонистовъ. Для этихъ работниковъ, по мнѣнію колонистовъ, розги необходимы вслѣдствіе ихъ пьянства и дурнаго поведенія, а также для искорененія дурныхъ обычаевъ. Такъ они имѣютъ обычай водить по улицамъ нагими мужчинъ и женщинъ, уличенныхъ въ незакон-

номъ сожитіи; за это волостной судъ (состоящій изъ колонистовъ) наказываетъ розгами (V, 399; VI, 35).

Замѣчательно, что рѣшительный протестъ противъ тѣлесныхъ наказаній является такимъ образомъ преимущественно со стороны малорусскаго населенія, что́ можно объяснить двумя причинами. Во-первыхъ, матеріальное благосостояніе крестьянства на югѣ и югозападѣ гораздо выше, чѣмъ въ другихъ частяхъ имперіи; поэтому здѣсь отпадаютъ указанныя выше препятствія къ примѣненію другихъ болѣе мягкихъ формъ наказаній. Во-вторыхъ, южноруссъ несомнѣнно одаренъ отъ природы болѣе развитымъ сознаніемъ личнаго достоинства и вообще по моральному развитію стоитъ гораздо выше, чѣмъ крестьянинъ великорусскій. Какъ бы то ни было, въ виду указанныхъ фактовъ, было бы крайне несправедливо обвинять огуломъ наше крестьянство въ варварской привязанности къ розгѣ и неспособности понимать темныя стороны этого вида наказанія.

Подобно всѣмъ первобытнымъ системамъ права, наше обычное право отличается еще тѣмъ, что оно допускаетъ въ значительной мѣрѣ самоуправство съ преступниками. Мѣра наказанія вору часто опредѣляется самимъ потерпѣвшимъ, къ чему крестьяне примѣняютъ юридическую поговорку: „своя рука владыка“ [1]. — поговорку, напоминающую древнѣйшія правовыя воззрѣнія всѣхъ народовъ. Въ трудахъ коммиссіи тоже встрѣчаемъ указанія на существующій еще мѣстами обычай самосуда надъ пойманнымъ воромъ (V, 502). Мы упомянули также о судѣ Линча у нашихъ крестьянъ относительно конокрадовъ. Эта суровость преслѣдованія обычнымъ правомъ въ особенности того вида имущественныхъ преступленій, который технически называется воровствомъ — кражей, приводитъ насъ къ другому еще различію между обычнымъ и оффиціальнымъ правомъ относительно оцѣнки сравнительной важности различныхъ видовъ преступленій. У всѣхъ народовъ бѣдныхъ и преимущественно земледѣльческихъ, гдѣ всякая копѣйка добывается тяжелымъ трудомъ и накопленіе имуществъ идетъ очень медленно, преступленія противъ имущества суть наиболѣе чувствительныя для потерпѣвшаго и потому наиболѣе опасныя въ глазахъ общества. Съ другой стороны, при общей грубости нравовъ насиліе противъ личности не считается здѣсь особенно опас-

[1]) Сбор. нар. юрид. обыч. арханг. губ., стр. 231.

нымъ, а равно открытое нападеніе на имущество, ибо оно можетъ легко быть отражено собственникомъ. Наиболѣе опаснымъ преступленіемъ здѣсь является поэтому тайное похищеніе чужаго имущества. Отсюда та необыкновенная суровость, съ которой первобытное право всѣхъ народовъ (а европейское право до довольно поздняго времени) преслѣдовало кражу при сравнительно болѣе мягкомъ отношеніи къ насилію противъ личности и даже грабежу или разбою. Земледѣлецъ при этомъ естественно относился наиболѣе враждебно къ вору полевому и тому, кто крадетъ скотъ, какъ разорителю крестьянскаго хозяйства. Но съ развитіемъ промышленнаго быта, упроченіемъ правовой организаціи общества, накопленіемъ имуществъ и образованіемъ городскихъ сословій, взглядъ законодательства на взаимное отношеніе разныхъ преступленій по степени ихъ опасности существенно измѣнился. Накопленіе богатствъ и легкость ихъ добыванія сдѣлали кражу преступленіемъ гораздо менѣе опаснымъ, за то физическое насиліе противъ лица является вдвойнѣ опаснымъ; какъ нарушеніе мира, и слѣдовательно, преступленіе противъ общественной власти и праваго порядка и вслѣдствіе неспособности мирнаго гражданина, утратившаго первобытную силу и энергію, противостать насилію. Это различіе между двумя воззрѣніями на взаимное отношеніе двухъ разрядовъ преступленій существуетъ у насъ до сихъ поръ между обычнымъ и оффиціальнымъ правомъ. Послѣднее усвоило себѣ воззрѣнія кодексовъ всѣхъ цивилизованныхъ народовъ, воззрѣнія, въ силу которыхъ кража занимаетъ весьма подчиненное мѣсто по наказуемости, сравнительно съ разнаго рода преступленіями противъ вѣры и государства, противъ личности, семьи, чистоты нравовъ и пр. При этомъ законодатель не дѣлаетъ никакого различія между кражей, направленной на тотъ или другой видъ имущества. Все сливается у него въ абстрактномъ понятіи цѣнности и рыночная цѣнность имущества одна имѣетъ вліяніе на наказуемость кражи (менѣе и болѣе 300 р.). Особое значеніе затѣмъ придается, согласно западнымъ теоріямъ, взлому. Кража со взломомъ наказывается гораздо строже обыкновенной. Все это рѣшительно противорѣчитъ началамъ обычнаго права. Здѣсь кража вообще все еще считается (и по условіямъ крестьянскаго быта вполнѣ правильно) болѣе опаснымъ и вреднымъ преступленіемъ, чѣмъ разныя преступленія противъ вѣры, личности, семейнаго союза и чистоты нравовъ; а нѣкоторые виды кражи считаются

болѣе опасными, чѣмъ другіе. Сюда въ особенности относится конокрадство. Требованія объ усиленіи наказаній за это преступленіе раздаются у насъ съ давнихъ поръ и въ настоящее время обратили на себя вниманіе и правительства. Что ученіе о взломѣ находится въ разладѣ какъ съ народными понятіями, такъ и съ условіями нашего домашняго быта—было указываемо въ печати не разъ и нѣтъ надобности останавливаться здѣсь на этомъ.

Отмѣтимъ еще только слѣдующій сюда относящійся фактъ. Понятіе семейнаго похищенія, какъ особаго вида кражи, правильнѣе въ крестьянскомъ быту, на основаніи ст. 467 сел. суд. уст. (составленнаго, какъ извѣстно, примѣнительно къ народнымъ обычаямъ), чѣмъ въ общемъ уголовномъ законодательствѣ по означенной статьѣ семейнымъ похищеніемъ считается всякое, совершенное между родственниками, совмѣстно живущими; и желательно, какъ замѣчаетъ г. Неклюдовъ, чтобъ понятіе это въ такомъ общемъ видѣ было усвоено и общимъ правомъ [1]).

Различіе это очевидно вытекаетъ изъ того, что понятіе семьи въ крестьянскомъ быту, какъ указано прежде, вообще гораздо шире, чѣмъ въ другихъ классахъ общества, и совмѣстное жительство играетъ здѣсь большую роль.

Отъ самосуда надъ преступниками естественно перейти къ другой особенности обычнаго права, стоящей съ нимъ въ связи,—обширнаго примѣненія начала примиренія въ уголовныхъ дѣлахъ. Извѣстно, что народные обычаи допускаютъ примиреніе по многимъ такимъ дѣламъ, относительно которыхъ оно невозможно по общему праву. Крестьянинъ привлекается къ суду за кражу, онъ сознается, потерпѣвшій соглашается ему простить, волостной судъ дѣлаетъ виновному внушеніе и этимъ дѣло кончается (II, 48). Такіе случаи далеко не исключительные въ крестьянскомъ быту. Это, съ одной стороны, объясняется просто тѣмъ первобытнымъ воззрѣніемъ, въ силу котораго преступленіе есть главнымъ образомъ, если не исключительно, нарушеніе интересовъ и правъ потерпѣвшаго лица, а не всего общества. Крестьянинъ сохранилъ до сихъ поръ это исконное воззрѣніе всѣхъ народовъ на извѣстной ступени развитія. Въ старину у насъ допускалось примиреніе даже по дѣламъ объ убійствахъ, особенно крѣпостныхъ людей. Дѣла эти начинались обыкновенно по жалобѣ потерпѣвшаго вла-

---

[1]) Суд. Вѣстн. 1874 г., № 180.

дѣльца и прекращались по полученіи имъ денежнаго вознагражденія отъ виновнаго [1]). Вообще примиреніе играло большую роль въ древне-русскомъ уголовномъ правѣ [2]). Но, съ другой стороны, необходимо имѣть въ виду еще слѣдующее, болѣе реальное основаніе примиренія въ народномъ судѣ. Волостной судъ менѣе всякаго другаго можетъ быть проводникомъ абстрактнаго начала юстиціи—fiat justitia, pereat mundus. Онъ никогда не упускаетъ изъ виду особенностей крестьянскаго быта—круговой поруки въ отбываніи податей, отсутствія личной собственности, обременительности для крестьянина какъ имущественныхъ наказаній, такъ и лишеній свободы. „Не казни мужика дубьемъ, казни его рублемъ“—эта поговорка указываетъ, что денежный штрафъ вообще есть самое тяжелое для мужика наказаніе. „Дубье“, т.-е. тѣлесное наказаніе, потому, какъ мы видѣли, такъ часто и примѣняется волостнымъ судомъ, что другія наказанія слишкомъ обременительны въ крестьянскомъ быту. Но и розга въ частомъ примѣненіи имѣетъ большія неудобства, изъ которыхъ главное заключается въ томъ, что чѣмъ чаще ее примѣнять, тѣмъ менѣе она устрашаетъ. Отсюда снисходительное отношеніе волостнаго суда и вообще сельскихъ властей къ уголовнымъ проступкамъ въ случаѣ примиренія. Крестьяне рады, когда уголовное дѣло можетъ быть окончено ко всеобщему удовольствію безъ наложенія такихъ взысканій, которыя могутъ наносить существенный вредъ хозяйству. Они дѣйствуютъ при этомъ по сознательно проводимому плану. „Мы до казематовъ людей не доводимъ“, говорятъ крестьяне, объясняя обычай примиренія по дѣламъ о кражахъ. „Еслибъ за всякую вину въ казематы, то скоро людей не осталось бы на волости“ (IV, 522).

Противоположное направленіе мироваго суда служитъ предметомъ жалобъ со стороны крестьянъ. „Мировые судьи“, говорятъ они, „слишкомъ строги: за кражу они сажаютъ въ тюрьму на мѣсяцъ и болѣе (законъ допускаетъ заключеніе на годъ), а это разоряетъ семью и общество должно платить подати за осуждаемаго“ (II, 33, 71, 93). Въ этихъ немногихъ словахъ народъ сжато, но мѣтко мотивируетъ свою уголовную политику. Прежде всего нужно заботиться о томъ, чтобъ крестьянинъ могъ содержать семью

[1]) Акты юрид., №№ 270, 271, 274—77.

[2]) См. Сухова въ Юрид. Вѣстн. 1874 г., кн. 1, стр. 83.

и отбывать подати, не падая бременемъ на общество; потомъ уже преслѣдовать абстрактныя задачи юстиціи. Притомъ „грѣхъ да бѣда на кого живетъ" и если всякаго сейчасъ въ казематъ, то кто же останется на свободѣ? А что наказаніемъ дурнаго человѣка рѣдко исправить, а хорошаго легко испортить—до этого вывода науки нашъ мужичокъ, какъ указано выше, тоже додумался при помощи здраваго смысла. Въ связи съ этимъ общимъ направленіемъ обычнаго права обширное примѣненіе принципа примиренія дѣлается болѣе понятнымъ и цѣлесообразнымъ.

Въ другомъ мѣстѣ мы указали на то, что идея личнаго произвола, какъ главнаго творческаго элемента въ правѣ, обнаруживаетъ свое сильное вліяніе на наше право между прочимъ въ крайне снисходительномъ отношеніи судебной практики къ примиренію въ уголовныхъ дѣлахъ. Здѣсь мы ограничимся однимъ указаніемъ въ этомъ отношеніи. Какъ сообщаетъ г. Никитинъ, полицейскіе чиновники у насъ часто придерживаются того взгляда, что дѣла о кражахъ могутъ быть вчинаемы лишь по жалобамъ потерпѣвшихъ и что затѣмъ дѣла эти могутъ быть прекращаемы въ случаѣ примиренія потерпѣвшаго съ обвиняемымъ [1]). Если полиція является такимъ образомъ „самозваннымъ миротворцемъ" вопреки закону, то основаніе такого ея образа дѣйствія кроется въ общенародномъ убѣжденіи, что кража есть главнымъ образомъ преступленіе уголовно-частное и потому подлежащее произвольному распоряженію заинтересованныхъ лицъ.

Наконецъ отмѣтимъ еще слѣдующую характеристичную черту. Народъ понимаетъ уголовное дѣло болѣе какъ сужденіе о личности обвиняемаго вообще, чѣмъ объ отдѣльномъ противозаконномъ ея дѣяніи (какъ это было и въ древнѣйшемъ римскомъ правѣ). А вслѣдствіе глубокой солидарности каждаго крестьянина съ міромъ, членомъ котораго онъ состоитъ, убѣжденіе въ виновности или невиновности подсудимаго слагается здѣсь иначе, чѣмъ въ обществахъ съ индивидуалистическимъ складомъ жизни. Въ послѣднихъ каждый членъ общежитія стоитъ особнякомъ и внѣ особыхъ отношеній къ обществу и общественной власти. Отсюда то начало, что всякій предполагается честнымъ, невиновнымъ, пока суду не будетъ доказано противное (quisquis praesumitur bonus donec probetur contrarium) и притомъ лишь въ отношеніи опре-

[1]) Общественныя и законодательныя погрѣшности, стр. 135.

дѣленнаго дѣянія, подлежащаго оцѣнкѣ суда, ибо обществу, а слѣдовательно и суду, какъ его органу, нѣтъ никакого дѣла до личности преступника вообще, внѣ даннаго незаконнаго его дѣянія. Другое воззрѣніе преобладаетъ въ народномъ судѣ. Для него вся личность обвиняемаго, его значеніе какъ члена міра, какъ сосѣда, домохозяина и плательщика податей, имѣетъ первенствующее значеніе въ уголовномъ процессѣ. Судитъ онъ объ этой личности на основаніи того всесторонняго знакомства міра съ каждымъ своимъ членомъ, которое возможно только при условіяхъ сельскаго быта, а не на основаніи тѣхъ только данныхъ, которыя имѣются въ виду суда. Начало quod non est in actis non est in mundo (чего нѣтъ въ „дѣлѣ", то не существуетъ для суда), составляющее до сихъ поръ краеугольный камень процесса въ оффиціальномъ правѣ цивилизованныхъ народовъ, совершенно чуждо простому чувству справедливости нашихъ народныхъ судей. Всякому разсужденію на эту тему народъ противоставитъ приведенное выше изреченіе: „когда дѣло извѣстно всему міру, на что тутъ доказательства?" Нужно замѣтить, что взглядъ этотъ исконно-русскій и въ старину само законодательство поддерживало его своимъ авторитетомъ. Еще по первому судебнику (статья „о татѣхъ") одного общественнаго мнѣнія безъ опредѣленныхъ доказательствъ было достаточно для того, чтобъ признать лицо воромъ и подвергнуть его законному наказанію. Эта роль общественнаго мнѣнія впослѣдствіи однакожъ все болѣе падала [1]). Институтъ повальнаго обыска, удержавшійся до самой судебной реформы, былъ послѣднимъ остаткомъ этого правоваго воззрѣнія, если не относить сюда дѣйствующаго до сихъ поръ закона о ссылкѣ, по приговорамъ податныхъ обществъ, развратныхъ членовъ ихъ въ Сибирь.

IV.

Ознакомившись такимъ образомъ съ содержаніемъ нашего обычнаго права въ общихъ чертахъ со стороны догматико-критической, мы должны сказать еще нѣсколько словъ объ историко-юридическомъ значеніи его, какъ особой правовой системы, и отношеніи нашего законодательства и судебной практики къ обычному праву въ разныхъ его видахъ.

---

[1]) Суховъ въ Юрид. Вѣстн. 1874 г., кн. 3, стр. 21 сл.

Для правильнаго пониманія характера нашего обычнаго права, слѣдуетъ принять въ соображеніе слѣдующія два явленія изъ исторіи права у разныхъ народовъ.

Когда говорятъ объ исторической преемственности различныхъ источниковъ или формъ права, то обыкновенно ограничиваются тѣмъ замѣчаніемъ, что обычай предшествуетъ закону какъ первобытная форма права. Но при этомъ упускается изъ виду тотъ малоизвѣстный фактъ, что и обычай не есть древнѣйшая форма проявленія правоваго сознанія въ обществѣ, а ему предшествуетъ *судебное рѣшеніе* по каждому отдѣльному случаю. Различіе между обычаемъ и судебнымъ рѣшеніемъ заключается въ слѣдующемъ. Обычай, подобно закону, есть общая норма для всѣхъ однородныхъ случаевъ; рѣшеніе же суда (въ первобытное время) не есть примѣненіе къ рѣшаемому дѣлу существующей уже общей нормы, а созиданіе таковой вновь для каждаго случая сообразно его индивидуальнымъ особенностямъ и на основаніи естественнаго чувства справедливости судей, не связаннаго никакими правилами. Исторія Греціи явственно различаетъ эти двѣ эпохи. Въ древнѣйшее время отправленіе правосудія царями ограничивалось „ѳемидами", т. е. судебными рѣшеніями по отдѣльнымъ дѣламъ. Памятники этой эпохи называютъ еще Зевса не законодателемъ, а судьей. Обычай, какъ общая норма для однородныхъ дѣлъ, явился позже [1]).

Съ другой стороны, исторія показываетъ, что не всѣ народы отличаются одинаковой способностью къ созиданію прочныхъ правовыхъ системъ, не всѣ одарены одинаковымъ правовымъ творчествомъ. Въ древнемъ мірѣ величайшую противоположность въ этомъ отношеніи представляли греки и римляне. Послѣдніе, какъ извѣстно, въ особенности предъ всѣми другими народами отличались правовымъ геніемъ. У грековъ же геній этотъ, наоборотъ, былъ очень слабъ. Они были слишкомъ развиты и слишкомъ справедливы для того, чтобы создать прочную систему права. Они предпочитали достиженіе индивидуальной справедливости въ каждомъ дѣлѣ сообразно его особенностямъ строгому соблюденію quand-même общихъ законовъ или правовыхъ началъ. Не только обстоятельства дѣла, но и самые законы (или обычаи) подвергались критикѣ и оспориванью въ каждомъ судебномъ дѣлѣ [2]). Ана-

---

[1]) Мэнъ, Древнее Право, стр. 4.

[2]) Тамъ же, стр. 59.

логія между этой характеристикой греческаго правоваго быта и направленіемъ нашего народнаго права просто поразительна. Считаемъ не лишнимъ привести по этому поводу замѣчательную характеристику русскаго правоваго быта въ отличіе отъ западноевропейскаго, сдѣланную извѣстнымъ славянофиломъ И. В. Киреевскимъ.

„Европейская жизнь,—говоритъ онъ,—сложилась на почвѣ индивидуализма, автономіи каждаго рыцаря, стоящаго особнякомъ отъ всѣхъ другихъ людей. Отношенія между рыцарями были лишь формальныя, поэтому и гражданское право получило тамъ характеръ формальный. Это поддерживалось и вліяніемъ римскаго права, которое преслѣдуетъ одну формальную справедливость (можетъ быть оттого, что и оно сложилось въ періодъ *борьбы* патриціевъ съ плебеями). Будучи порожденіемъ борьбы и индивидуализма, римское право легко привилось на западѣ (у новыхъ народовъ), гдѣ историческій складъ жизни носитъ такой же характеръ. Но, у насъ право всегда преслѣдовало не внѣшнюю, а внутреннюю справедливость, не логическую послѣдовательность, а соблюденіе святыхъ преданій. У насъ право было результатомъ не абстрактныхъ умствованій (какъ римское—ratio scripta), а выраженія всей внутренней жизни общества, результатомъ не мнѣній, а убѣжденій (мнѣніе выражаетъ мысль и преслѣдуетъ интересы одного лица или господствующаго класса, а убѣжденіе—всего общества). На западѣ право есть результатъ борьбы различныхъ мнѣній и интересовъ, у насъ борьбы не было, а право развивалось органически и спокойно. Поземельная собственность у насъ есть выраженіе идеи личнаго труда и личной связи служилаго человѣка съ государствомъ, на западѣ безусловное право собственности поглощаетъ личность. Въ организаціи семьи тоже различіе. На западѣ индивидуализмъ, у насъ единство и безусловное подчиненіе всѣхъ безотчетному распоряженію главы семьи. Каждый членъ семьи охотно, даже радостно, жертвуетъ собой для семьи и трудится для нея безъ соображенія личныхъ интересовъ“ [1]). Здѣсь не мѣсто входить въ обсужденіе того, насколько истина перемѣшана съ ошибками въ этой характеристикѣ и въ чемъ именно заключаются послѣднія. Для нашей цѣли достаточно будетъ замѣтить слѣдующее. Киреевскій не былъ юристомъ, но несомнѣнно,

[1]) Московскій Сборникъ, 1852 г., стр. 27—55.

что указанное имъ принципіальное различіе въ духѣ русскаго и европейскаго права дѣйствительно существуетъ, даже если мы подъ русскимъ правомъ будемъ разумѣть оффиціальное законодательство и практику коронныхъ судовъ, а тѣмъ болѣе, когда будемъ имѣть въ виду обычное народное право. Различіе это не ускользнуло отъ вниманія и юристовъ. Покойный Морошкинъ замѣтилъ, что русскій народъ не способенъ къ преслѣдованію формальной истины и юридическому обряду. Русскіе, и даже ихъ законодатели болѣе ораторы, чѣмъ философы. „Какъ гомеровы или гоголевы герои, мы мыслящи только за обѣдомъ, за филейной частью жаренаго быка“ [1]). Несмотря на нелѣпость формы, въ которой выражена мысль Морошкина, основаніе ея, какъ увидимъ, вѣрное, и замѣчательно, что и здѣсь мы наталкиваемся на аналогію между греческимъ и русскимъ народнымъ духомъ относительно характера правоваго развитія. Но, скажетъ читатель, фразы о противоположности между формальной, внѣшней и внутренней справедливостью, между правомъ борьбы, индивидуализма и органическимъ, мирнымъ развитіемъ и т. под. не имѣютъ никакого опредѣленнаго содержанія, а если есть существенное различіе между духомъ русскаго и европейскаго права, то желательно знать опредѣленно, въ чемъ именно оно заключается. Въ отвѣтъ на это обратимся къ даннымъ изъ практики волостнаго суда и обратимъ вниманіе на слѣдующее.

Хотя не подлежитъ никакому сомнѣнію, что волостной судъ руководствуется въ своей дѣятельности не общими законами, а чѣмъ-то другимъ, и это другое, по общему мнѣнію, суть народные обычаи, однакожъ, крестьяне на вопросъ объ обычаяхъ большей частью отвѣчали такъ: мѣстныхъ обычаевъ не знаемъ, судимъ по закону и по справедливости (I, 12, 21, 36, 38, 59). Нѣтъ обычаевъ о порядкѣ наслѣдованія, а все мѣняется смотря по человѣку (II, 24, 25); нѣтъ постоянно соблюдаемыхъ обычаевъ (II, 65; IV, 25). Судимъ по обычаю и по совѣсти, иногда и по закону т.-е. положенію 1861 г. (VI, 205). Волостной судъ рѣшаетъ „глядя по человѣку и по дѣлу“ (VI, 461). Обычаи бѣваютъ разные, всѣхъ не перечтешь, но волостной судъ старается, „чтобы никому не было обидно“ (VI, 744). Какъ слѣдуетъ понимать эти и имъ подобныя заявленія, столь часто встрѣчаемыя въ трудахъ ком-

---

[1]) См. Ж. М. Ю. 1863 г., кн. 4. стр. 249—252.

мисіи? Очевидно въ томъ смыслѣ, что правовое развитіе нашего народа стоитъ еще преимущественно на уровнѣ древне-греческихъ „ѳемидъ", т. е., что идеалъ права по понятіямъ нашего простолюдина заключается не въ послѣдовательномъ примѣненіи одинаковыхъ нормъ къ одинаковымъ случаямъ, а въ достиженіи естественной справедливости по конкретнымъ условіямъ каждаго дѣла. Рѣшать не только „по дѣлу", но и „по человѣку" (т.-е. принимая въ соображеніе личное положеніе сторонъ) и стараться не о томъ, чтобъ каждый получалъ безусловно все, что ему принадлежитъ (suum cuique tribuere—идеалъ римскаго права), но чтобъ никому не было обидно,—вотъ характеристическія особенности нашего обычнаго права сравнительно съ другими правовыми системами. Рельефно выразились эти особенности въ институтѣ, извѣстномъ подъ именемъ „грѣхъ пополамъ". Сущность его заключается въ томъ, что спорное имущество распредѣляется поровну между обѣими сторонами, истцу присуждается половина иска. Условія же примѣненія этого первобытнаго способа разрѣшенія споровъ довольно разнообразны. Такъ онъ примѣняется въ случаѣ бездоказательности иска, когда по условіямъ дѣла и личности истца судъ находитъ искъ вѣроятнымъ и заслуживающимъ уваженія (I, 101, 142, 160). Напр,, между двумя лицами происходитъ споръ о принадлежности овцы; права сторонъ сомнительны. Судъ опредѣляетъ, примѣняясь къ обычаю: бросить жребій, кто долженъ получить овцу и уплатить другому половину ея стоимости (VI. 614). Еще чаще, по видимому, обычай этотъ примѣняется къ тѣмъ случаямъ, когда кто нанесъ убытокъ чужому имуществу безъ злаго умысла или особенной небрежности съ своей стороны, но болѣе по несчастному случаю (I, 416, 460, II, 52, 128 и мн. др.). Этотъ обычай весьма распространенъ и въ тѣхъ мѣстностяхъ, относительно которыхъ нѣтъ свѣдѣній въ трудахъ коммисіи, напр. въ олонецкой губерніи [1]). Замѣчательно, что подъ вліяніемъ окружающаго русскаго населенія обычай этотъ усвоенъ и нѣмецкими колонистами-менонитами, которые, какъ извѣстно, имѣютъ свой опредѣленный кодексъ морали и правовыхъ понятій и по умственному развитію стоятъ гораздо выше русскихъ (V, 383, 400). Слѣды этого обычая мы встрѣчаемъ и въ германскомъ правѣ. Убытокъ, нанесенный безъ умыслу или вообще при условіяхъ, не

---

[1]) Якушкинъ, въ Юрид. Вѣстн. 1872 г., кн. 2—3, Совр. Об., стр. 3.

допускающихъ полной отвѣтственности, вознограждается въ половинѣ [1]); но онъ не получилъ тамъ такого развитія, какъ у насъ. По духу римскаго права, ставящаго главнымъ требованіемъ правосудія, чтобъ каждый получалъ вполнѣ все ему принадлежащее, не болѣе и не менѣе (suum cuique), подобное разрѣшеніе гражданскихъ споровъ представляется юридическимъ абсурдомъ; но понятія нашего народа о справедливости прямо противоположны римскимъ, усвоеннымъ, впрочемъ, и нашимъ оффиціальнымъ правомъ.

Въ другомъ видѣ проявляется указанная особенность нашего обычнаго права въ стремленіи оканчивать гражданскіе споры миромъ во что бы то ни стало. Мировая сдѣлка есть единственно нормальный исходъ процесса по народнымъ понятіямъ. Этимъ объясняется тотъ фактъ, что большинство дѣлъ, разсматриваемыхъ волостнымъ судомъ, исчезаетъ безслѣдно, такъ какъ дѣла, оканчиваемыя миромъ, обыкновенно не заносятся въ книгу рѣшеній [2]). По открытіи волостныхъ судовъ, разсказываетъ одинъ посредникъ, заведены были книги для записки рѣшеній. но чрезъ нѣсколько мѣсяцевъ онѣ были еще совершенно бѣлы и на вопросъ о причинѣ этого полученъ былъ отвѣтъ, что всѣ дѣла окончены миромъ [3]). Если имѣть въ виду эту склонность народнаго суда рѣшать дѣла не по общимъ правовымъ началамъ (т.-е. обычаямъ въ техническомъ смыслѣ), а сообразно особенностямъ каждаго случая и въ примѣрительномъ духѣ, то нельзя будетъ не согласиться съ г. Калачевымъ, когда онъ утверждаетъ, что всякая попытка внести въ кодексъ и дать опредѣленную форму крестьянскимъ обычаямъ уничтожила бы сразу живое начало примѣненія справедливости, начало, которымъ руководствуется въ своей дѣятельности народный судъ [4]).

Эта особенность волостнаго суда не ускользнула отъ вниманія его противниковъ; они указываютъ какъ на одинъ изъ главныхъ его недостатковъ, что волостные судьи не умѣютъ обобщить вопросовъ права и стремятся разрѣшить каждое дѣло по его обстоятельствамъ [5]). Но только бюрократическая рутина можетъ видѣть въ этомъ обстоятельствѣ особенный недостатокъ волостнаго суда.

---

[1]) Графъ и Ритгеръ, стр. 295 и 395.

[2]) Г. Васьковъ въ газ. „День“ 1864 г., № 27.

[3]) Наблюденія мироваго посредника (Основа, 1862 г., кн. 2) стр. 28

[4]) Архивъ Калачева, 1859 г., кн. 2, стр. 23.

[5]) К. Н. Ж. въ „Юрид. Вѣстн. 1872 г., кн. 2, стр. 7.

Во-первыхъ, нужно имѣть въ виду, что стремленіе къ конкретной справедливости, какъ противовѣсу абстрактной, формальной законности, присуще и практикѣ нашихъ общихъ судовъ, хотя и судящихъ не по обычаю, а по закону. По справедливому замѣчанію г. Думашевскаго, кто слѣдилъ за практикой старыхъ и новыхъ судебныхъ установленій, особенно высшихъ, тотъ не могъ не замѣтить, что въ основѣ ихъ рѣшеній преобладаетъ не законъ, не право въ объективномъ смыслѣ, а чувство справедливости. У насъ весьма нерѣдко можно встрѣтить рѣшеніе, рѣшительно несогласное съ законами, но при всемъ томъ по обстоятельствамъ даннаго дѣла вполнѣ справедливое [1]). Въ практикѣ старыхъ судовъ нерѣдко бывали случаи такого рода. Судъ, вмѣсто окончательнаго рѣшенія дѣла, сознавая неправильность и неполноту веденія дѣла и не желая приводить въ столкновеніе свое чувство справедливости съ требованіями закона, предоставлялъ сторонамъ вновь начать дѣло формой суда, дабы дать возможность справедливаго разрѣшенія спора [2]). Лучшіе государственные люди въ дѣлѣ юстиціи всегда придерживались подобныхъ воззрѣній. Такъ извѣстный адмиралъ Н. С. Мордвиновъ, бывшій тогда предсѣдателемъ департамента гражданскихъ и духовныхъ дѣлъ государственнаго совѣта, мотивировалъ свое мнѣніе по одному тяжебному дѣлу слѣдующимъ принципомъ, какъ будто заимствованнымъ изъ практики волостнаго суда: l'extrême justice n'est pas justice. L'équité est la suprême vertu [3]). Справедливо ли въ виду такихъ данныхъ ставить въ особенную вину волостному суду, что онъ стремится болѣе къ индивидуальной справедливости, чѣмъ къ логически-послѣдовательному примѣненію общихъ правовыхъ началъ, когда очевидно, что мы имѣемъ здѣсь дѣло съ національнымъ правовымъ воззрѣніемъ, отъ котораго не отрѣшались и наиболѣе образованные юристы и коронные судьи? Во-вторыхъ, и въ странахъ съ наиболѣе развитымъ юридическимъ мышленіемъ стремленіе къ индивидуализаціи правовыхъ началъ, если можно такъ выразится, имѣетъ огромное вліяніе на судебную практику. По замѣчанію Рувандля, нѣмецкаго юриста-практика, не всѣ судьи способны къ неумолимо-объективному исполненію буквы закона. Иные судьи отличаются стремленіемъ къ индивидуализа-

[1]) Ж. М. Ю. 1867 г., кн. 3, стр. 372.

[2]) Побѣдоносцевъ, въ Ж. М. Ю. 1864 г., кн. 4, стр. 206 и сл.

[3]) См. Иконникова, графъ Н. С. Мордвиновъ, 1874 г., стр. 529.

ціи, къ достиженію справедливости по особенностямъ каждаго дѣла. Это направленіе все болѣе усиливается, напр., въ Баваріи, и находится въ связи съ позитивнымъ духомъ времени. Несовершенство матеріальнаго права и процесса ведетъ поэтому къ разнообразію толкованій и непрочности права. У судей замѣчается преобладаніе извѣстнаго духа оппозиціи устарѣлому праву [1]. Миттермайеръ замѣчаетъ, что въ то время какъ французскіе юристы держатся болѣе буквы закона, итальянскіе судьи въ торговыхъ дѣлахъ стараются толковать законъ такъ, чтобъ онъ былъ согласенъ съ обычаями и такимъ образомъ въ своемъ примѣненіи соотвѣтствовалъ требованіямъ справедливости [2]. Но даже французскій кассаціонный судъ, этотъ идеалъ судилища, преслѣдующаго абстрактное единообразіе закона въ его примѣненіи, не свободенъ отъ этого недостатка, если считать его за таковой. Одинъ французскій юристъ упрекаетъ его въ томъ, что въ уголовныхъ дѣлахъ онъ придерживается не столько дѣйствительнаго смысла закона, сколько принципа общественной пользы, руководясь желаніемъ ограждать по возможности общественные интересы отъ уголовныхъ правонарушеній [3]. Если анализировать практику нашего кассаціоннаго суда, не говоря уже о другихъ судебныхъ мѣстахъ, то на каждомъ шагу можно указать такъ-называемаго aequitas на дѣйствительные мотивы разрѣшенія дѣлъ въ томъ или другомъ смыслѣ. Кто сколько-нибудь знакомъ съ ходомъ развитія права на западѣ въ новое время, знаетъ также, что индивидуализація есть лозунгъ науки и практики уголовнаго права въ особенности. Въ уголовномъ процессѣ идея эта сдѣлала уже большіе успѣхи, съ тѣхъ поръ какъ все болѣе распространяется институтъ присяжныхъ, судящихъ главнымъ образомъ на основаніи aequitas, и система относительнаго опредѣленія наказаній въ кодексахъ съ широкимъ правомъ выбора суда между максимумомъ и минимумомъ сообразно обстоятельствамъ каждаго дѣла. Теперь все болѣе усиливается воззрѣніе на необходимость индивидуализаціи и въ дѣлѣ исполненія наказаній (извѣстны работы по этому предмету Гольцендорфа, Вальберга и др. криминалистовъ). Можно доказать, что и въ гражданскомъ процессѣ та же идея

---

[1] Verhandlungen d. VI deutschen Juristentages, B. I, S. 111.

[2] Zeitschrift. f. d. gesammte Handelsrecht, B. IV, S. 332.

[3] См. ст. объ одномъ изъ направл. юрид. практики и пр. въ Архивѣ Калачева, 1859 г., кн. 6.

имѣетъ большое вліяніе, если бы это не выходило за предѣлы настоящаго очерка, требуя пространныхъ разсужденій и изслѣдованій. Такимъ образомъ, только юридическое невѣжество можетъ возмущаться указаннымъ направленіемъ волостнаго суда и видѣть въ немъ серьёзный аргументъ противъ дальнѣйшаго существованія этого суда. Замѣтимъ еще, что непониманіе этого направленія легко ведетъ къ ошибкамъ при анализѣ рѣшеній волостнаго суда. Такъ, волостной судъ вообще не отрицаетъ дѣеспособности женъ независимо отъ разрѣшенія мужей; но въ одномъ дѣлѣ (жена тайно отъ мужа купила *краденое* масло) онъ наказалъ мужа, „ибо жена не должна ничего покупать и продавать безъ дозволенія мужа". Г-жа Ефименко, цитируя это рѣшеніе, видитъ въ немъ отголосокъ древнерусскихъ понятій о зависимости жены, случайно проявившійся въ этомъ дѣлѣ, вопреки установившихся въ крестьянскомъ быту болѣе мягкихъ понятій [1]. Но разсужденіе это невѣрно. Дѣло въ томъ, что народное воззрѣніе признаетъ и дѣеспособность жены по хозяйству и обязанность мужа имѣть общій надзоръ за ея управленіемъ хозяйствомъ. Пока первое начало не ведетъ ни къ какимъ дурнымъ послѣдствіямъ, народный судъ не усомнится признать полную правоспособность замужней женщины и дѣйствительность ея сдѣлокъ. Но если, какъ въ данномъ случаѣ, хозяйственная дѣятельность жены носитъ характеръ вредный и незаконный, судъ этотъ выводитъ на сцену признаваемую обычнымъ правомъ супружескую власть мужа, какъ главы дома, обязаннаго поэтому отвѣчать за незаконныя дѣйствія своей жены. Если при этомъ волостной судъ мотивируетъ свое рѣшеніе въ слишкомъ общихъ выраженіяхъ, такъ что можно подумать, будто онъ вообще не признаетъ независимой дѣеспособности жены, то и въ этой частности онъ сильно напоминаетъ сходный пріемъ нашей общей судебной практики. Извѣстно, что въ рѣшеніяхъ общихъ судовъ, въ томъ числѣ и кассаціоннаго сената, постоянно встрѣчаемъ въ качествѣ мотивовъ такія юридическія соображенія, которыя въ общемъ видѣ неправильны и отвергаются тѣми же судами при другихъ фактическихъ условіяхъ, но справедливы въ примѣненіи къ обстоятельствамъ даннаго дѣла. Вся вообще наша судебная практика, какъ замѣчено выше, весьма слаба въ отношеніи абстрагированія правовыхъ идей и

---

[1]) Дѣло, 1873 г., кн. 3, стр. 93.

послѣдовательнаго ихъ примѣненія; она всегда имѣетъ въ виду преимущественно справедливое разрѣшеніе даннаго дѣла по его фактическимъ условіямъ и потому не стѣсняется обобщить свои мотивы, придавая имъ такой общій характеръ, какого они въ сущности не имѣютъ.

Въ связи съ этимъ направленіемъ обычнаго права находятся два существенные его недостатка: неопредѣленность и партикуляризмъ. Неопредѣленность обычнаго права вездѣ служитъ источникомъ его слабости, неспособности къ борьбѣ съ болѣе организованными элементами и направленіями. Примѣромъ въ этомъ отношеніи можетъ служить обычная организація промысловъ во многихъ мѣстностяхъ, напр., въ землѣ уральскаго казачьяго войска. Общины уральскихъ казаковъ не имѣютъ никакихъ опредѣленныхъ органовъ или представителей. Вся экономическая организація (рыбныхъ промысловъ) основана на неопредѣленныхъ обычаяхъ, которымъ постоянно противодѣйствуетъ чиновничество съ опредѣленной программой дѣйствій и стремленій, отсюда печальные результаты для обычнаго порядка, въ сущности однакожъ весьма разумнаго [1]). Неопредѣленность нашего обычнаго права особенно ясно обрисовывается при сравненіи его съ германскимъ обычнымъ правомъ. Почти вездѣ мы видимъ сходство правовыхъ понятій, но съ тѣмъ важнымъ различіемъ, что у насъ понятіе находится, такъ сказать, въ текучемъ, некристаллизованномъ состояніи, а на западѣ оно воплотилось въ опредѣленную форму, приняло видъ обычая въ техническомъ смыслѣ. Понятно, какое огромное значеніе для прочности обычнаго права имѣетъ это воплощеніе его въ твердыя, опредѣленныя формы. Справедливо и то, что особенныя условія положенія русскаго народа, въ особенности крѣпостное право, имѣли сильное вліяніе на это вялое состояніе обычнаго права. Какъ заявляютъ крестьяне, теперь обычаи установились тамъ, гдѣ еще при помѣщикахъ крестьяне могли свободно располагать своимъ движимымъ имуществомъ, напр., въ имѣніяхъ гр. Орлова (III, 233, 243); но понятно, что такія мѣстности составляли весьма рѣдкое исключеніе. Вообще же крѣпостное право, какъ мы видѣли, имѣло вредное вліяніе на развитіе артельной организаціи труда, а также на все семейное и наслѣдственное право, ибо крестьянинъ никогда не могъ располагать свободно

[1]) Флеровскій, Организація труда на Уралѣ (Знаніе 1871 г., кн. 2), стр. 34.

своей личностью и имуществомъ. Объ уваженіи помѣщиковъ къ обычаю, вообще говоря, нечего было и думать. Поэтому распредѣленіе земли въ помѣщичьихъ имѣніяхъ было крайне разнообразно: что голова, то разумъ, что село, то законъ. Крѣпостное право, повидимому, вытѣснило также всѣ обычаи, относящіяся къ наслѣдству. Нельзя не удивляться поэтому и той степени живучести, которую обнаружило обычное право у крѣпостнаго населенія: тотчасъ по освобожденіи крестьянъ обнаружилось существованіе многихъ обычаевъ, которыхъ прежде и не подозрѣвали [1]).

Что касается партикуляризма, разнообразія мѣстныхъ обычаевъ, то это исконная характеристичная черта не только русскаго, но и всего славянскаго права. У всѣхъ славянскихъ племенъ сохранились поговорки, указывающія на партикуляризмъ народныхъ обычаевъ, какъ на одну изъ ихъ существенныхъ особенностей [2]). Но при этомъ слѣдуетъ имѣть въ виду, во-первыхъ, то, что основныя начала обычнаго права, какъ можно видѣть изъ предыдущаго изложенія, существенно сходны повсемѣстно. Различія происходятъ неизбѣжно вслѣдствіе того, что народный судъ стремится исключительно къ конкретной справедливости и потому основныя начала примѣняются весьма различно въ разныхъ случаяхъ, даже въ предѣлахъ одной мѣстности. Но независимо отъ этого этнографическія различія имѣютъ весьма сильное вліяніе на характеръ обычнаго права въ разныхъ мѣстахъ имперіи. Труды коммисіи, къ сожалѣнію, даютъ очень мало свѣдѣній объ этомъ крайне интересномъ не только въ научномъ, но и въ практическомъ отношеніи предметѣ. Поэтому г. Зарудный, руководясь данными коммисіи, утверждаетъ, что различіе элементовъ волостнаго населенія не сказалось во взглядахъ крестьянъ на ихъ хозяйственные обычаи, которые почти у всѣхъ совершенно одинаковы [3]). Но это мнѣніе въ такомъ общемъ видѣ невѣрно. Во-первыхъ, оно опровергается нѣкоторыми данными, указанными въ трудахъ коммисіи же. Такъ, въ селеніяхъ со смѣшаннымъ населеніемъ изъ великоруссовъ и малороссовъ замѣчается у первыхъ преобладаніе большихъ семей, тогда какъ у послѣднихъ всѣ въ раздѣлѣ (V, 539). Раздѣльность семей у малороссовъ не есть явленіе новое: оно существовало еще при крѣпостномъ правѣ. И тогда родовой союзъ

---

[1]) Наблюд. миров. посредника, стр. 18, 20, 25.

[2]) Леонтовичъ, Исторія русскаго права, вып. 1, стр. 85.

[3]) Журн. Гр. и Уг. Права за 1874 г., кн. 3, стр. 132.

у нихъ былъ слабъ, раздѣлы очень обыкновенны. Это повидимому есть наслѣдіе разбросанной казацкой жизни. Послѣдствія этого суть: опека матери надъ малолѣтними дѣтьми (по отсутствію взрослыхъ братьевъ), частые случаи усыновленія стариками (оставили ихъ взрослыя дѣти), главенство въ семьѣ не старика-отца, а женатаго сына [1]).

Обычай кладки (платежа женихомъ родителямъ невѣсты), столь распространенный во многихъ мѣстахъ, въ другихъ совершенно неизвѣстенъ (IV, 325).

Во-вторыхъ, мы видимъ, что и въ мѣстностяхъ, изслѣдованныхъ коммисіей, существуютъ весьма крупныя этнографическія различія въ обычномъ правѣ, повидимому совершенно незамѣченныя коммисіей. Такъ въ самарской губерніи существуютъ важныя различія въ обычномъ быту государственныхъ крестьянъ изъ курскихъ переселенцевъ и крестьянъ временно-обязанныхъ. У первыхъ раздѣлы рѣже, власть домохозяина больше, положеніе женщинъ хуже, сыновей женятъ рано, дочерей выдаютъ поздно, такъ что женихи обыкновенно моложе невѣстъ, къ больнымъ относятся хуже, болѣе придерживаются обычаевъ и старины; носятъ старинный костюмъ, грамотность встрѣчается рѣже, вступаютъ въ бракъ только между собой; у другихъ крестьянъ все это наоборотъ [2]). Мы видимъ тутъ послѣдовательно проведенное коренное различіе во всѣхъ условіяхъ быта, различіе, повидимому основанное исключительно на моментахъ этнографическихъ. Изслѣдованія обычнаго права въ этомъ направленіи обѣщаютъ высокій историко-юридическій, а также практическій интересъ; но изслѣдованія эти пока еще относятся къ pia desideria нашей науки.

Важную особенность нашего обычнаго права составляетъ далѣе то обстоятельство, что оно есть продуктъ творчества народа въ тѣсномъ смыслѣ и стоитъ совершенно особнякомъ отъ оффиціальной, государственной жизни страны съ ея законодательствомъ. Теоретики опредѣляютъ процессъ развитія обычнаго права такимъ образомъ, что ихъ опредѣленіе нисколько не годится для русскаго права. Еслибъ, говоритъ Пухта (въ своемъ сочиненіи „Das Gewohnheitsrecht“) мы, вмѣсто того, чтобъ представлять обычное право какъ произведеніе духовной дѣятельности всего народа (относя сюда и го-

---

[1]) Тарновскій, въ Юрид. Запискахъ Рѣдкина, т. 2, стр. 37.

[2]) Лѣтнія экскурсіи („Голосъ“ 1874 г. № 258).

сударственную власть), стали смотрѣть на него какъ на совокупность нормъ, установляемыхъ народомъ въ обыкновенномъ смыслѣ этого слова (собраніемъ гражданъ независимо отъ правительства), то этого одного было бы достаточно для того, чтобъ разрушить окончательно основанія правильнаго ученія о происхожденіи положительнаго права. Г. Станиславскій, въ качествѣ русскаго юриста-теоретика, вполнѣ раздѣляетъ это воззрѣніе Пухты [1]). И однакожъ не подлежитъ сомнѣнію, что взглядъ, столь энергически отвергаемый Пухтой, есть единственно вѣрный въ примѣненіи къ русскому обычному праву. У юристовъ, занимающихся спеціально русскимъ правомъ, повидимому не возникаетъ даже сомнѣнія въ томъ, что у насъ обычное право есть продуктъ творчества народа въ тѣсномъ смыслѣ [2]).

Дѣйствительно, исторія показываетъ, что съ древнѣйшаго времени до сихъ поръ отношеніе общественной власти къ обычному праву въ самомъ благопріятномъ случаѣ ограничилось пассивнымъ его игнорированіемъ, предоставленіемъ народной массѣ регулировать ту или другую сторону своего быта, согласно своимъ правовымъ понятіямъ; бóльшей частью отношеніе это было отрицательное или по крайней мѣрѣ государственная власть преслѣдовала въ организаціи правоваго быта свои собственныя задачи безъ соображенія требованій обычнаго права. До активнаго содѣйствія со стороны законодательства развитію и упроченію началъ обычнаго права у насъ почти никогда не доходило (исключая сѣверно-русскія народоправства, гдѣ народъ самъ составлялъ правительственную власть и потому законъ обыкновенно былъ только санкціей обычаевъ: - такова псковская судная грамота). Такъ, мы видѣли что уже въ довольно отдаленное время обнаружился существенный разладъ въ народныхъ и княжескихъ воззрѣніяхъ на всѣ главные вопросы, относящіеся къ преступленіямъ и наказаніямъ. Въ исторіи наслѣдственнаго права встрѣчаемъ тоже явленіе. У насъ, какъ и у всѣхъ славянскихъ племенъ, обычай зналъ только семейное начало наслѣдованія, т.-е. переходъ наслѣдства лишь къ ближайшимъ родственникамъ и членамъ семьи; притомъ такъ, что фактическое совмѣстное жительство имѣло главное значеніе, вслѣдствіе чего оставившій семью терялъ свое право наслѣдова-

---

[1]) Станиславскій, О происхожд. положит. права, 1856 г., стр. 15.

[2]) См. Леонтовича, Исторія русскаго права, вып. 1, стр. 106, 107.

нія, а вступившій въ нее, хотя и не родственникъ, пріобрѣталъ это право (какъ теперь еще у крестьянъ). Но правительство вездѣ вводило родовое начало, противоположное семейному: право наслѣдованія обусловливается исключительно кровнымъ родствомъ и распространяется и на дальнихъ родственниковъ, безъ соображенія совмѣстной жизни [1]). Въ семейномъ правѣ тотъ же антагонизмъ между оффиціальнымъ, церковнымъ и народнымъ воззрѣніемъ на бракъ и семью. При такихъ условіяхъ теоретическое разсужденіе Пухты, правильное пожалуй относительно западно-европейскихъ системъ обычнаго права, которыя онъ имѣлъ въ виду, не имѣетъ примѣненія къ нашему обычному праву. Изъ этого неоффиціальнаго, такъ-сказать, только терпимаго положенія обычнаго права у насъ вытекаетъ другая характерная его особенность, тоже указывающая на примитивный, зачаточный характеръ народнаго права. По понятіямъ народа, обычай, даже насколько онъ допускается закономъ, имѣетъ значеніе лишь настолько, насколько крестьяне добровольно ему подчиняются. Крайне рѣдко встрѣчаемъ такое высокое мнѣніе объ обязательной силѣ обычая, какое выразили крестьяне одной волости, утверждая, что обычай болѣе чѣмъ законъ (VI, 29). Вообще говоря, добровольное подчиненіе обычаю, какъ бы стѣснителенъ онъ ни былъ, имѣетъ такіе размѣры въ крестьянскомъ быту, о которыхъ лица другихъ состояній, воспитанные на иныхъ понятіяхъ объ отношеніи личности къ обществу, не могутъ и думать. Мы упоминали прежде, что огромное большинство дѣлъ въ крестьянскомъ быту рѣшается не оффиціальными, волостными, а неоффиціальными, сельскими судами. Авторитетъ же этихъ судовъ держится исключительно довѣріемъ народа къ ихъ рѣшеніямъ, основаннымъ (въ большей степени, чѣмъ рѣшенія волостныхъ судовъ) на мѣстныхъ обычаяхъ и знаніи мѣстныхъ условій. Значительное большинство рѣшеній сельскихъ судовъ не возбуждаетъ жалобъ и приводится въ исполненіе, несмотря на отсутствіе всякаго легальнаго авторитета. Существованіе и дѣятельность этихъ судовъ объясняются только этимъ добровольнымъ подчиненіемъ обычаю, какъ выраженію общественнаго правоваго сознанія, а не прим. 2 ст. 93 общ. полож., какъ полагаетъ г. Зарудный [2]). Еще

[1]) К. Аксаковъ, въ Моск. Сборникѣ, 1852 г., стр. 92, 114.

[2]) Журн. Гр. и Уг. права за 1874 г., кн. 3, стр. 141.

академикъ Бэръ обратилъ вниманіе на то, какую роль играетъ обычай у нашихъ простолюдиновъ. Обычай у нашихъ новоземельскихъ промышленниковъ соблюдается строже, чѣмъ законъ во всѣхъ государствахъ, говоритъ онъ; но по возвращеніи домой, въ сношеніяхъ съ полицейскими властями они хитры и лукавы. Тамъ они считаютъ обычай необходимостью, а здѣсь видятъ въ законахъ лишь препоны, которыя надобно обойти [1]). Впрочемъ, явленіе это не представляетъ чего-нибудь исключительно свойственнаго нашему быту, а встрѣчается вездѣ при извѣстныхъ условіяхъ. Такъ, Тацитъ, говоря о германцахъ, указываетъ на то, что обычаи и нравы имѣютъ у нихъ больше вліянія, чѣмъ въ другихъ странахъ законы, т.-е. что германцы легче подчиняются добровольно обычаю, чѣмъ римляне обязательному закону. Гдѣ начинается личный протестъ противъ обычая со стороны заинтересованныхъ лицъ, тамъ, по понятіямъ нашихъ крестьянъ, должна оканчиваться сфера его примѣненія и уступить мѣсто закону, какъ нормѣ общеобязательной. Такимъ образомъ обычай „срамить" вора выходитъ, какъ мы видѣли, изъ употребленія именно вслѣдствіе того, что виновные не желаютъ ему подвергаться и заводятъ жалобы. Вообще волостной судъ относится отрицательно къ разнаго рода обычаямъ въ случаѣ жалобъ, какъ указано было выше въ разныхъ мѣстахъ. Обычай имѣть общественнаго пастуха у насъ держится только на согласіи всѣхъ членовъ міра, но никому не возбраняется идти наперекоръ обычаю и держать своего отдѣльнаго пастуха, тогда какъ у нѣмцевъ онъ произвелъ юридическую обязанность, отъ которой никто не могъ уклоняться. Объ обычаѣ дѣлить „грѣхъ по поламъ" крестьяне говорятъ, что онъ примѣняется къ бездоказательнымъ искамъ по взаимному согласію сторонъ (I, 101); это слѣдуетъ понимать такъ, что основаніе примѣненія этого обычая вообще лежитъ во всеобщемъ признаніи его разумности, хотя мы видимъ, что въ той же волости онъ примѣняется не какъ мировая сдѣлка или компромиссъ, а въ качествѣ судебнаго разрѣшенія спора (ib. 108, 109, 110). Это воззрѣніе народа на нравственно, а не юридически обязательный характеръ обычая обусловливается, какъ кажется, двумя причинами. Во-первыхъ, оно соотвѣтствуетъ примитивному характеру нашего обычнаго права и умственнаго развитія народа. Какъ

---

[1]) Сборн. нар. юрид. обыч. архан. губ., стр. 173, 178.

германцы временъ Тацита, нашъ простолюдинъ до сихъ поръ находится на той ступени развитія, когда личность всецѣло поглощается обществомъ и никто не помышляетъ еще о возможности критически относиться къ общепринятымъ правиламъ жизни, правамъ и обычаямъ. При такомъ состояніи общественной мысли добровольное подчиненіе всѣхъ обычаю есть явленіе естественное и неизбѣжное; здѣсь нѣтъ надобности еще прибѣгать къ запрещеніямъ и обязательности для защиты обычая, противъ котораго никто не думаетъ возставать. Во-вторыхъ, отрицательное отношеніе властей къ обычному праву должно было усилить у нашихъ крестьянъ убѣжденіе въ томъ, что никто не можетъ быть принуждаемъ къ подчиненію обычаю, если онъ самъ его не признаетъ. Какое другое заключеніе могли вывести крестьяне изъ того повсемѣстно враждебнаго обычаямъ направленія мировыхъ учрежденій, о которомъ говорено было прежде?

Мы возвратимся такимъ образомъ къ вопросу о взаимномъ отношеніи обычнаго и оффиціальнаго права и разладѣ между этими двумя правовыми системами. Что касается вопроса о томъ, какъ правовое сознаніе народа относится къ закону, то мы привели замѣчаніе Бэра, что тѣже промышленники, которые свято чтутъ обычай, видятъ въ законѣ однѣ придирки и затрудненія. Это объясняется тѣмъ, что народъ, по умственной своей неразвитости неспособенъ различать между отвлеченнымъ началомъ закона и, личностью его исполнителя. Съ одной стороны, онъ приписываетъ суду всѣ невыгодныя послѣдствія рѣшенія, не понимая того, что судья связанъ закономъ и не можетъ рѣшать по своему усмотрѣнію [1]). Съ другой стороны, злоупотребленія или ошибки исполнителей закона народъ переноситъ на самый законъ и изъ практики администраціи составляетъ невыгодное понятіе о законѣ. Какъ неблагопріятныя столкновенія этого рода отражаются на правовомъ сознаніи народа показываетъ любопытное дѣло Еремина. Промышленникъ Ереминъ спасъ казенное судно отъ крушенія и требовалъ вознагражденія своихъ трудовъ и расходовъ. Начальство прежде отказало ему по недостатку формальныхъ доказательствъ, потомъ выдало ему часть вознагражденія. Ереминъ далъ отзывъ въ томъ смыслѣ, что законовъ у нихъ не знаютъ, обычай запрещаетъ ему лгать и обманывать, а запасаться фор-

---

[1]) Никитинъ, Обществ. и законод. погрѣшности, стр. 209.

мальными доказательствами на морѣ не было возможности [1]). Неудивительно такимъ образомъ, что свой самосудъ крестьне предпочитаютъ оффиціальному суду и хотя они презираютъ людей, бывшихъ подъ уголовнымъ судомъ, но не лишаютъ ихъ права участвовать на сходѣ и вообще правъ состоянія [2]).

Для характеристики отношенія народа къ формальному праву интересны слѣдующія поговорки и пословицы: „нужда закона не знаетъ, а чрезъ шагаетъ“; „не всякій прутъ по закону гнутъ“; „гдѣ законъ, тамъ и обида“; „законъ что дышло: куда поворотишь, туда вышло“. У Даля приведена еще слѣдующая характеристическая пословица; „законъ что паутина: шмель проскочетъ, а муха увязнетъ“ [3]). Мысль, здѣсь выраженная, принадлежитъ одному древнему мудрецу, сравнившему законъ съ сѣтью паука: шмель чрезъ нее проходитъ, а муха остается. Неизвѣстно, есть ли указанная русская пословица заимствованіе книжнаго свойства или она оригинальна, такъ какъ Даль записывалъ пословицы, слышанныя имъ не только отъ простолюдиновъ, но и отъ лицъ другихъ состояній, причемъ между послѣдними часто встрѣчаются книжныя и переводныя, а Даль не даетъ никакихъ указаній, гдѣ и при какихъ условіяхъ слышана имъ та или другая пословица. Для изслѣдователя правовыхъ понятій народа это обстоятельство часто дѣлается камнемъ преткновенія. Такъ, у Даля приведена слѣдующая замѣчательная пословица: „обѣщать дѣло господское, исполнять дѣло холопское“. Такъ какъ источникъ этой пословицы не указанъ, то остается неразрѣшеннымъ интересный вопросъ о томъ, переводъ ли это съ буквально такой же нѣмецкой пословицы (Geloben ist adelig, halten ist bäurisch“ [4]) или сходство жизненныхъ явленій навело народъ на одну и ту же мысль въ одной и той же формѣ. Необходимо замѣтить, что какъ ни вѣроятнымъ кажется предположеніе, что при такой тождественности выраженій заимствованіе имѣло мѣсто, но, съ другой стороны, факты доказываютъ, что сходство правоваго быта и понятій нерѣдко вызываютъ у разныхъ народовъ тождественныя пословицы и поговорки при такихъ условіяхъ, когда заимствованіе совершенно невѣроятно. Такъ, столь употребительное въ нашихъ старинныхъ ак-

[1]) Сборн. нар. юрид. обыч. арханг. губ., стр. 177.

[2]) Тамъ же, стр. 237.

[3]) Даль, Пословицы русскаго народа, стр. 247.

[4]) Графъ и Диттеръ, S. 234.

тахъ (того времени, когда наши сношенія съ западомъ равны были нулю) при опредѣленіи границъ имѣній выраженіе: „куда плугъ и коса и соха ходили“ и т. п., встрѣчается въ совершенно такомъ же видѣ въ старинныхъ нѣмецкихъ источникахъ (Wo Pflug, Egge, Sense hingeht [1]). Пословица: „что съ возу упало то пропало“, имѣетъ аналогичную пословицу въ нѣмецкомъ обычномъ правѣ: Was Grundruhe thut (т.-е. что касается земли), ist dem verloren, dem es war [2]). Смыслъ обѣихъ пословицъ тотъ, что упавшее съ воза на чужой землѣ принадлежитъ уже не хозяину, а владѣльцу земли. Выраженіе „былью поросло“ встрѣчается у нѣмцевъ (Es ist das Gras darüber gewachsen) и имѣетъ то юридическое значеніе, что владѣніе недвижимостью въ теченіе года (когда земля покрывается новой растительностью) придастъ этому владѣнію правовой характеръ (давностное пріобрѣтеніе [3]). „Дареному коню въ зубы не смотрятъ“ соотвѣтствуетъ нѣмецкой пословицѣ: einem geschenkten Gaul sieht man nicht ins Maul и имѣетъ то юридическое значеніе, что даръ не можетъ быть оспориваемъ одареннымъ вслѣдствіе недостатковъ подаренной вещи. „Гдѣ тонко, тамъ и рвется“—повтореніе нѣмецкой пословицы: subtile Fäden brechen gern, выражающей порицаніе юридическихъ тонкостей, особенно въ дѣлѣ уголовнаго суда. „Воронъ ворону глазъ не выклюетъ“—говоритъ и нѣмецъ въ примѣненіи, напр., къ тому пристрастію, которые оказываютъ члены одного цеха, гильдіи и т. п. одинъ другому. „Сколько годовъ, столько умовъ“. So viel Köpfe, so viel Sinn говоритъ и нѣмецкая пословица и примѣняетъ эту мысль къ оцѣнкѣ недостатковъ общей собственности. Выраженіе „крѣпость“ соотвѣтствуетъ старинному нѣмецкому термину Handfeste, которымъ тоже обозначались акты укрѣпленія имущественныхъ правъ. При такомъ сходствѣ между русскими и нѣмецкими пословицами и поговорками юридическаго свойства, изъ которыхъ нѣкоторыя по крайней мѣрѣ рѣшительно не допускаютъ мысли о переводѣ или заимствованіи, естественно сомнѣваться и относительно двухъ указанныхъ выше пословицъ: не слѣдуетъ ли здѣсь видѣть самобытные продукты народной мысли, а сходство не только въ мысли, но и въ выраженіи приписать той же причинѣ, по которой нравы и обычаи отдаленныхъ одинъ отъ другаго по времени и

[1]) Тамъ же, S. 70 и 129.

[2]) Тамъ же, S. 96.

[3]) Тамъ же, S. 101.

пространству народовъ часто представляютъ разительное сходство не только въ общемъ характерѣ, но и въ частностяхъ.

Послѣ этого отступленія возвращаемся къ вопросу объ отношеніи народа къ оффиціальному праву и замѣтимъ, что указаннымъ выше русскимъ пословицамъ соотвѣтствуютъ многія изреченія у всѣхъ другихъ народовъ. Напр. мысль, выраженная въ поговоркѣ: „гдѣ законъ, тамъ и обида", выражена еще въ римскомъ изреченіи „inventá lege mox fraus inventa est" и повторена во многихъ нѣмецкихъ изреченіяхъ. Сравненіе закона съ паутиной тоже извѣстно и нѣмецкому народу. Мысль, выраженная въ пословицѣ: „законъ что дышло" и пр. соотвѣтствуетъ старинному нѣмецкому изреченію, которое было даже оффиціально принято какъ эпиграфъ, такъ-сказать, къ одному сборнику городскаго права: „законъ имѣетъ восковой носъ" (каждый можетъ его поворачивать по своему желанію [1]). Не слѣдуетъ поэтому дѣлать никакихъ особыхъ заключеній изъ того факта, что нашъ народъ вообще относится, повидимому, не особенно дружелюбно къ чуждому его понятіямъ и нуждамъ оффиціальному праву.

Другая сторона вопроса—практически болѣе важная—заключается въ томъ, какъ относится законъ къ обычному праву. Здѣсь слѣдуетъ различать два вопроса: матеріальный и формальный. Первый заключается въ томъ, насколько законъ самъ воспринимаетъ опредѣленные народные обычаи въ свои работы или предоставляетъ народу регулировать тѣ или другія правоотношенія согласно опредѣленнымъ обычаямъ. Отношеніе закона къ обычаю здѣсь двоякое. Законъ или говоритъ: такой-то опредѣленный обычай или рядъ обычаевъ я признаю разумнымъ и предоставляю ему право оффиціальнаго существованія; тогда данный обычай, собственно говоря, перестаетъ быть таковымъ и дѣлается закономъ. Или законъ говоритъ: такой-то обычай я признаю вреднымъ и воспрещаю его примѣненіе. Подъ формальнымъ же отношеніемъ къ обычаю я разумѣю то, въ какой мѣрѣ законъ вообще допускаетъ примѣненіе судебной практикой народныхъ обычаевъ, могущихъ оказаться въ данной мѣстности относительно того или другаго правоотношенія. Относительно перваго вопроса существуетъ мнѣніе, что со времени Петра обычай окончательно пересталъ

---

[1]) См. объ этомъ Графъ и Диттеръ, S. 15—21 и другія мѣста.

вліять на ходъ развитія русскаго права [1]), т. е., что съ тѣхъ поръ матеріальное содержаніе русскаго (оффиціальнаго) права черпается исключительно изъ соображеній правительственныхъ, безъ всякаго вліянія со стороны народныхъ правовыхъ понятій и обычаевъ. Это мнѣніе положительно не вѣрно. Какъ бы ни были своеобразны политическія и другія условія жизни даннаго общества, но невозможно себѣ представить, чтобъ законодатель, стоящій среди общества и воспитанный на его понятіяхъ, оставался совершенно чуждъ вліянію обычныхъ идей и нравовъ. И дѣйствительно, исторія опровергаетъ мнѣніе г. Леонтовича самымъ положительнымъ образомъ. Вспомнимъ, что одно изъ оригинальнѣйшихъ твореній петровскаго генія—законъ о единонаслѣдіи 1714 г.—не устояло именно потому, что шло въ разрѣзъ съ общимъ обычаемъ и правовыми понятіями народа. Другая важная законодательная работа петровскаго времени—указъ 1723 г. о формѣ суда—имѣла такую же судьбу. Несмотря на рѣшительное желаніе правительства установить какъ нормальный типъ процесса состязательный, устный порядокъ, по указу 1723 г., это не могло быть осуществлено единственно вслѣдствіе противодѣйствія судебнаго обычая и общаго направленія судебной практики. Usus forensis оказался въ этой борьбѣ сильнѣе законодательства [2]). Межевая инструкція (изданная при Екатеринѣ) носитъ явные слѣды своего происхожденія изъ примѣрныхъ рѣшеній, т. е. судебныхъ обычаевъ. Вообще извѣстно, что множество указовъ, легшихъ въ основаніе свода, представляютъ не что иное, какъ обобщеніе судебныхъ обычаевъ. Если имѣть въ виду современное законодательство и судебную практику, то найдемъ, что и здѣсь не только судебный обычай, но и народные обычаи въ тѣсномъ смыслѣ имѣютъ значительное вліяніе на содержаніе законовъ. Такъ мы видѣли, что законы объ организаціи рыбнаго промысла во многихъ частяхъ имперіи суть повтореніе и санкція народныхъ обычаевъ по этому предмету. На нашихъ глазахъ возникъ теперь весьма важный законъ подобнаго происхожденія. Долго и безуспѣшно боролись раскольники съ оффиціальнымъ правомъ за признаніе ихъ обычнаго брака и семейнаго союза, но, наконецъ, послѣднее уступило, и обычай, идущій въ разрѣзъ съ основными началами нашего за-

---

[1]) Леонтовичъ, Исторія русскаго права. Вып. I, стр. 107.

[2]) Объ обычномъ правѣ, статья г. Г. (Ж. М. Ю. 1866 г., кн. 10), стр. 17.

конодательства по семейному праву, торжественно признанъ въ силѣ закона. Если бросить взглядъ на сводъ законовъ въ теперешнемъ его видѣ, то мы тоже во многихъ мѣстахъ увидимъ явное и довольно сильное вліяніе обычнаго права на его содержаніе. Такъ, ограничиваясь сферой гражданскаго права, какъ наиболѣе консервативной и потому наиболѣе подверженной вліянію обычаевъ, отмѣтимъ слѣдующія данныя. По ст. 90 т. X ч. 1, каждому племени или народу предоставляется вступать въ бракъ по правиламъ ихъ закона или по принятымъ обычаямъ. Законы объ усыновленіи лицами податныхъ состояній (ст 151 и сл. зак. гр.) составляютъ существенное отступленіе отъ болѣе строгихъ общихъ началъ законодательства по сему предмету, отступленіе, объясняемое главнымъ образомъ преобладаніемъ въ обычномъ правѣ болѣе мягкихъ воззрѣній на этотъ институтъ. Тогда какъ по началамъ нашего гражданскаго законодательства, довольно послѣдовательно проведеннымъ въ примѣненіи ко всевозможнымъ вопросамъ, совершеніе всякаго рода юридическихъ дѣйствій должно быть письменное и по возможности притомъ формальное, законъ во многихъ случаяхъ вынужденъ былъ сдѣлать отступленія отъ этого правила для потребностей обыденной жизни, преимущественно низшихъ, податныхъ классовъ, единственно вслѣдствіе противоположнаго направленія обычнаго права. Сюда относятся правила ст. 1702, 2226, 2227, 2281 зак. граж. и ст. 117, 336 уст. пут. сообщ. (т. XII, и 1). Эти послѣднія правила мотивируются въ самомъ законѣ желаніемъ облегчить наемъ рабочихъ судохозяевами и тѣмъ обстоятельствомъ, что письменное условіе вовсе безполезно и затруднительно для простаго народа. Имѣя въ виду подобнаго рода факты (подобные которымъ, безъ сомнѣнія, можно подыскать гораздо больше въ сводѣ), очевидно невозможно утверждать, будто въ послѣ-петровскомъ законодательствѣ обычай перестал имѣть прямое вліяніе не только на духъ и общее направленіе нашего правоваго быта (объ этомъ ниже), но и на матеріальное, догматическое содержаніе законодательства.

Примѣры отрицательнаго отношенія закона къ тому или другому опредѣленному обычаю встрѣчаются гораздо рѣже; укажемъ здѣсь на слѣдующія два правила этого рода, не лишенныя юридическаго интереса. Ст. 2288 зак. гр. опредѣляетъ слѣдующее. „Запрещается въ провозѣ купеческой клади (въ Сибири) и вообще въ проѣздѣ разнаго званія людей вольнымъ наймомъ дѣлать напма-

лѣйшее затрудненіе. Вслѣдствіе того мѣстная полиція имѣетъ прекращать остановки, кои нерѣдко чинимы бываютъ подъ предлогомъ очереднаго извоза, заведеннаго въ нѣкоторыхъ селеніяхъ безъ всякаго правила, по одному своевольству ихъ обывателей, такъ что не только проѣзжающій, но и цѣлый обозъ съ кладью останавливается и принуждается перемѣнять лошадей и нанимать ихъ не у тѣхъ, у кого приказчикъ или главный извозчикъ пожелаетъ и къ кому онъ имѣетъ довѣріе, но у тѣхъ, кои состоятъ на очереди. Сіи злоупотребительныя очереди ни подъ какимъ видомъ не должны быть допускаемы и проѣзжающій или обозный всегда долженъ имѣть полную свободу нанимать того, кого онъ пожелаетъ, или совсѣмъ не нанимать и миновать деревни или чумы на прежнихъ лошадяхъ или олепяхъ по условію, которое имъ сдѣлано и которое никѣмъ не можетъ быть по произволу нарушаемо". Для теоріи обычнаго права любопытный законъ этотъ даетъ слѣдующіе выводы. 1) Мы упомянули прежде объ организаціи извощичьяго промысла въ Муромѣ. Ст. 2288 показываетъ, что обычай этотъ проникъ и въ Сибирь; и здѣсь народъ считаетъ себя вправѣ регулировать извозный промыселъ на общинномъ началѣ, въ качествѣ общей собственности населенія, съ нарушеніемъ разумѣется, принципа свободы договора. 2) Законъ относится рѣшительно враждебно къ подобнаго рода обычаямъ, отстаивая неприкосновенность личной свободы въ имущественномъ отношеніи и свободу договора, а равно ненарушимость послѣдняго. 3) Можно подумать, что обычай вообще, если онъ установился безъ разрѣшенія начальства („безъ всякаго правила, по одному своевольству обывателей"), въ глазахъ закона есть нѣчто противозаконное; но этому противорѣчатъ многіе другіе факты, изъ которыхъ видно, что законъ не отрицаетъ безусловно правовой автономіи народа; на самомъ дѣлѣ рѣзкое порицаніе „своевольства" въ такой общей формѣ объясняется не общимъ взглядомъ на обычное право, а вреднымъ характеромъ даннаго обычая. Какъ мы видѣли, говоря объ артельномъ правѣ, законъ вмѣшивается въ обычное право простонародья лишь настолько, на сколько оно затрогиваетъ интересы лицъ другихъ состояній или казны. Ст. 2288 вполнѣ гармонируетъ съ этимъ общимъ направленіемъ законодательной политики: она очевидно вызвана жалобами проѣзжающихъ на стѣснительный для нихъ порядокъ извоза, установленный населеніемъ согласно обычаю. Если въ другихъ мѣстахъ (какъ напр. въ Муромѣ) началь-

ство, повидимому, еще не вмѣшивается въ это дѣло, то по всей вѣроятности это слѣдуетъ приписать тому, что тамъ пока подобныя жалобы не доходили до администраціи. Въ уст. пут. сообщ. (п. 5 дополн. В. къ ст. 242) встрѣчаемъ слѣдующее постановленіе. Существуетъ по р. Шекснѣ такое *злоупотребленіе*, что доводъ судна передается однимъ посельщикомъ другому. Это запрещается дѣлать безъ согласія судохозяина. То, что законъ называетъ здѣсь „злоупотребленіемъ", въ сущности есть довольно невинный юридическій обычай основанный на томъ, что взявшій на себя доводъ судна при помощи артели рабочихъ разматривается по отношенію къ хозяину судна какъ подрядчикъ къ подряжающему а не какъ наймитъ къ наймодавцу; договоръ же подряда имѣетъ болѣе имущественный, чѣмъ личный характеръ, и потому можетъ быть передаваемъ подрядчикомъ третьему лицу безъ согласія подряжающаго. Такое обычное воззрѣніе, собственно говоря, даже не противорѣчитъ началамъ свода: ст. 1994 зак. гр. вполнѣ правильно допускаетъ передачу казеннаго подряда другому лицу, съ тѣмъ только, что въ случаѣ неисправности и первоначальный подрядчикъ остается отвѣтственнымъ предъ казной. Если такимъ образомъ уст. пут. сообщ. запрещаетъ какъ злоупотребленіе то, что самъ законъ допускаетъ даже въ отношеніи договоровъ съ казной, то это служитъ любопытнымъ подтвержденіемъ того сильнаго вліянія, которое оказываетъ на наше артельное право преимущественное охраненіе интересовъ предпринимателей-капиталистовъ въ ихъ столкновеніяхъ съ наемнымъ трудомъ артелей.

Переходимъ къ разсмотрѣнію формальнаго отношенія закона къ обычаю, т.-е. къ вопросу о томъ, въ какой мѣрѣ законъ вообще допускаетъ юридическую силу правовыхъ обычаевъ. Прежде всего необходимо указать на различіе между обычаемъ въ юридическомъ смыслѣ и простымъ обыкновеніемъ. Различіе это ясно установлено Унгеромъ [1]) и игнорируется у насъ обыкновенно всѣми пишущими объ этомъ предметѣ. Правовой обычай, подобно закону, есть правовая норма, дающая непосредственно лицу извѣстныя личныя или имущественныя права при извѣстныхъ условіяхъ. Обыкновеніе же ни для кого никакихъ правъ не производитъ, хотя существованіе его можетъ имѣть въ случаѣ спора юридическое значеніе. Обычай заключается, напр., въ томъ, что

[1]) System d. oest. Privatrechts, B I, S. 38—40.

пріемышъ имѣетъ право на наслѣдованіе, отецъ отвѣчаетъ за долги неотдѣленнаго сына, хозяинъ можетъ требовать платежа за квартиру впередъ и т. под. Обыкновеніе состоитъ, напр., въ томъ, что въ данной мѣстности извѣстное слово, имѣющее два значенія въ языкѣ, понимается только въ одномъ смыслѣ и т. под. Можетъ возникнуть иногда сомнѣніе относительно разграниченія обычая отъ обыкновенія, но общій характеръ этого различія вполнѣ ясенъ.

Обращаясь затѣмъ къ нашему вопросу, находимъ, что сводъ по обыкновенію не даетъ принципіальнаго на него отвѣта. Тогда какъ всѣ европейскіе кодексы даютъ опредѣленныя правила о томъ, при какихъ условіяхъ рядомъ съ закономъ можетъ играть роль на судѣ и обычай, сводъ объ этомъ вовсе молчитъ. Практика прежнихъ судовъ безъ всякаго основанія поняла это молчаніе какъ принципіальное отрицаніе правовой автономіи народа [1]); очевидно, это толкованіе объясняется нерасположеніемъ судей-бюрократовъ къ обычному праву. Дѣйствительно, сводъ, если всмотрѣться ближе, даетъ основанія скорѣе къ противоположному выводу. Двоякаго рода правила объ этомъ предметѣ встрѣчаются уже въ законодательствѣ дореформеннаго періода. Во-первыхъ, относительно сельскаго населенія многократно признано его право придерживаться своихъ обычаевъ; таково правило ст. 116 сел. суд. уст. (т. XII). Само законодательство, нормируя бытъ крестьянства, сообразовалось исключительно съ его обычаями, а не общими началами оффиціальнаго права; это доказываетъ весь указанный уставъ и другія узаконенія, напр., правила объ опекахъ у государственныхъ крестьянъ и пр., въ X томѣ. Во вторыхъ, относительно лицъ другихъ состояній примѣненіе обычнаго права допускалось не въ такихъ широкихъ размѣрахъ, но все-таки въ довольно значительномъ объемѣ. Таково правило ст. 1714 уст. торг. о примѣненіи торговыхъ обычаевъ въ коммерческихъ судахъ. По существу предмета и аналогіи другихъ законодательствъ можно безошибочно заключить, что законъ говоритъ здѣсь о примѣненіи торговаго обычнаго *права*, а не обыкновеній только; такъ законъ этотъ понимается на практикѣ. Столь же несомнѣненъ смыслъ слова „обычай", какъ источника права, въ указанной уже ст. 90 зак. гр. Другой характеръ имѣетъ это слово въ

---

[1]) Г. въ Ж. М. Ю. 1866 г., кн. 8, стр. 205.

другихъ постановленіяхъ закона. Такъ, ст. 1836 зак. гр. опредѣляетъ, что заготовленія или покупки для казны въ мѣстахъ заграничныхъ и т. под. производятся на общемъ коммерческомъ основаніи, сообразно мѣстнымъ торговымъ обычаямъ. Г-нъ Г. и здѣсь видитъ признаніе закономъ силы обычнаго права, но съ этимъ никакъ нельзя согласиться. Очевидно, что законъ этотъ имѣетъ экономическій, а не юридическій характеръ: казна предписываетъ своимъ органамъ, для соблюденія ея выгодъ, сообразоваться при сдѣлкахъ заграницей съ мѣстными обыкновеніями и условіями тамошней торговли. Такимъ образомъ, если заключенные тамъ договоры будутъ содержать условія, согласныя съ мѣстными обычаями, то обязательная сила этихъ условій будетъ зависѣть не отъ обычнаго права, а отъ содержанія договора какъ lex privata. При спорахъ относительно толкованія такихъ договоровъ обычное право мѣста ихъ совершенія, правда, будетъ имѣть юридическое значеніе для суда, разсматривающаго споръ, но это будетъ не въ силу какого-нибудь особеннаго постановленія закона, изложеннаго въ ст. 1836, но въ силу общаго правила ст. 1539, къ которой теперь переходимъ. Пунктъ г. этой статьи опредѣляетъ: „когда выраженія, въ договорѣ помѣщенныя, не опредѣляютъ предмета во всѣхъ его частяхъ съ точностью, тогда принадлежности онаго изъясняются обычаемъ, если впрочемъ не опредѣлены онѣ закономъ“. По свойству вопросовъ, возникающихъ при толкованіи договоровъ, и способу выраженія закона, нѣтъ сомнѣнія, что онъ подъ обычаемъ разумѣлъ здѣсь обыкновеніе, а не нормы обычнаго права. Такъ понимаетъ эту статью и г. Побѣдоносцевъ, который впрочемъ игнорируетъ принципіальное различіе между обычаемъ и обыкновеніемъ. Онъ говоритъ: „къ непротиворѣчащимъ закону мѣстнымъ обычаямъ (въ смыслѣ ст. 130 уст гр. суд.) относятся особенно тѣ, коими не устанавляются общія правила законнаго отношенія, но опредѣляются принадлежности факта, связанныя съ симъ отношеніемъ, напр., принадлежности числа, вѣса, мѣры, мѣста и времени (по договорамъ), поколику эти принадлежности разумѣются общимъ сознаніемъ въ данной мѣстности“ [1]). Съ этой точки зрѣнія примѣнена ст. 1539 въ томъ рѣшеніи кассаціоннаго сената, которымъ установлено слѣдующее: если возникъ споръ о мѣрѣ четверти, опредѣляемой договоромъ

[1]) Судебное руководство, ст. 1028.

(8 или 9 четвериковъ), то судъ долженъ примѣнять мѣстный обычай (т.-е обыкновеніе) [1]. Иначе понятъ этотъ законъ въ одномъ рѣшеніи стараго сената, коимъ признано слѣдующее: домохозяинъ можетъ требовать платежа квартирныхъ денегъ впередъ на основаніи обычая, хотя въ договорѣ ничего объ этомъ не постановлено [2]. Это рѣшеніе юридически неправильно. Обычай можетъ быть, по ст. 1539, примѣняемъ лишь къ изъясненію неясныхъ по выраженію, но несомнѣнно установленныхъ договоромъ правъ и обязанностей контрагентовъ. Въ данномъ же случаѣ сенатъ призналъ за однимъ изъ контрагентовъ совершенно самостоятельное право, не основанное ни на законѣ, ни на договорѣ, а на другомъ источникѣ права, на обычаѣ. Здѣсь очевидно дѣло идетъ уже не о толкованіи, а о дополненіи договора, а потому рѣшеніе не можетъ быть мотивируемо ст. 1539. Безспорно, рѣшеніе это справедливо и вызвано похвальнымъ намѣреніемъ дать возможность примѣненія общеизвѣстнаго обычая въ спорѣ по договору, но такое распространеніе на ст. 1539 смысла ст. 1714 уст. торг. не соотвѣтствуетъ содержанію и цѣли первой изъ нихъ. Только въ договорѣ торговаго свойства можетъ имѣть мѣсто такое примѣненіе обычая, какъ источника дополненія договора, какое мы находимъ въ указанномъ рѣшеніи сената.

Положеніе о крестьянахъ и судебныя уставы значительно расширили сферу признаваемаго закономъ примѣненія обычнаго права, но первое не измѣнило характера отношенія закона къ обычному праву. Какъ по своду, такъ и по положенію 1861 г. сельское населеніе имѣетъ право руководствоваться своими обычаями въ предѣлахъ своей спеціальной юрисдикціи, насколько этимъ не затрогиваются интересы лицъ другихъ состояній. Принципіальное отступленіе отъ началъ свода можно видѣть только въ томъ правилѣ, по которому мировые посредники въ подсудныхъ имъ дѣлахъ судебно-полицейскаго свойства имѣютъ право примѣнять обычаи (ст. 35 и 56 полож. о губ. и уѣздн. по кр. дѣл. учр.); такъ какъ мировые посредники могли разбирать и такія гражданскія дѣла, въ которыхъ заинтересованы и лица некрестьянскаго сословія, то мы въ первый разъ видимъ оффиціальное допущеніе обычнаго права, какъ общаго источника права на судѣ. Опытъ не оп-

---

[1]) Гр. касс. рѣш. 1870 г. № 931.

[2]) Сб. рѣш. сената, т. I, № 61.

равдалъ однакожъ ожиданій относительно результатовъ этой мѣры. Мы видѣли, какъ враждебно относился институтъ посредниковъ къ примѣненію обычнаго права даже на волостномъ судѣ, гдѣ оно по закону и по сущности организаціи волостнаго суда составляетъ главный, почти единственный источникъ права; чего же можно было ожидать для развитія обычнаго права отъ судебной дѣятельности самихъ посредниковъ?

Судебные уставы предоставили мировымъ судьямъ право примѣнять обычаи по гражданскимъ дѣламъ при извѣстныхъ условіяхъ (ст. 130 уст. гр. суд.). Не подлежитъ сомнѣнію, судя по опубликованнымъ мотивамъ и буквальному содержанію закона, что имѣлось въ виду не признаніе силы обыкновеній въ случаѣ спора, т. е. не установленіе правила, сходнаго съ тѣмъ, какое находимъ уже въ ст. 1539 зак. гр., но допущеніе юридическихъ обычаевъ какъ вспомогательнаго источника права на мировомъ судѣ. На этотъ законъ составители судебныхъ уставовъ смотрѣли даже какъ на одно изъ главныхъ преимуществъ мироваго суда; полагали, что знаніе и примѣненіе мѣстныхъ обычаевъ мировыми судьями будетъ способствовать въ значительной мѣрѣ популярности и удовлетворительнымъ результатамъ дѣятельности новаго института. Но, какъ многія другія надежды того времени, и этотъ разсчетъ не оправдался на опытѣ. Всѣмъ извѣсто, что народные обычаи почти никогда не примѣняются мировыми судьями, хотя мотивы ст. 130 указываютъ на желаніе составителей судебныхъ уставовъ видѣть возможно болѣе частое примѣненіе обычая у мировыхъ судей [1]). Нельзя не согласиться съ тѣми, которые сожалѣютъ о томъ, что мировые судьи вовсе не прибѣгаютъ къ обычаю [2]), такъ какъ весьма вѣроятно, что народъ гораздо охотнѣе судился бы у нихъ еслибъ на мировомъ судѣ не преобладалъ въ такой степени бюрократическій формализмъ [3]) между прочимъ въ томъ отношеніи, что не дается вовсе мѣста обычному праву. Но сожалѣнія, разумѣется, нисколько не измѣняютъ положенія дѣла. Есть мнѣніе, что причина такого превращенія ст. 130 въ мертвую букву лежитъ въ ограничительныхъ толкованіяхъ кассаціоннаго сената [4]). Въ этомъ мнѣніи есть значительная доля правды. Сенатъ дѣйст-

[1]) Никитинъ, Общ. и законод. погрѣшности, стр. 141 и сл.

[2]) Суд. Вѣсти. 1873 г., № 122 (кор. изъ екатериносл. губ.).

[3]) Суд. Вѣсти. 1874 г., № 141.

[4]) Суд. Вѣсти. 1872 г., № 226.

вительно весьма строго отнесся ко всѣмъ доходившимъ до его разсмотрѣнія случаямъ примѣненія ст. 130. Такъ, онъ кассировалъ рѣшеніе одного съѣзда по обычаю на томъ основаніи, что не видно изъ рѣшенія, на какомъ изъ двухъ предусмотрѣнныхъ въ ст. 130 мотивахъ основано допущеніе обычая—на томъ ли, что законъ именно въ данномъ случаѣ допускаетъ обычай, или на томъ, что случай этотъ закономъ не предусмотрѣнъ [1]). Сенатъ отвергъ примѣненіе обычая къ опредѣленію вознагражденія врача, на томъ основаніи, что минимумъ вознагражденія опредѣленъ въ законѣ [2]). Онъ отвергъ также возможность примѣненія обычая, въ силу котораго помѣщикъ отвѣчаетъ за управляющаго и безъ выдачи ему формальной довѣренности [3]). Въ другихъ рѣшеніяхъ признано, что мировые судьи не имѣютъ права примѣнять обычаевъ, въ силу которыхъ приданое признается собственностью мужа и за принятое приданое, а равно за долги неотдѣленныхъ дѣтей отвѣчаютъ ихъ родители. Можно доказать, что въ большинствѣ вопросовъ, затрогиваемыхъ этими рѣшеніями, взглядъ сената и юридически невѣренъ или, по крайней мѣрѣ, сомнителенъ; съ неменьшей основательностью можно было приходить каждый разъ и къ выводу противоположному, болѣе благопріятному для примѣненія обычнаго права. Для насъ здѣсь главное значеніе имѣетъ тотъ фактъ, что дѣйствительно „разъясненія“ сената (какъ это, впрочемъ, нерѣдко у насъ бываетъ) стѣсняютъ до невозможности примѣненіе правила ст. 130. Однакожъ было бы несправедливо приписать вину въ этомъ отношеніи исключительно кассаціонному сенату. Главная причина того, что ст. 130 превратилась на практикѣ въ мертвую букву, заключается въ томъ общемъ бюрократическомъ недовѣріи къ обычному праву, которое отразилось такъ замѣтно и на сводѣ и на судебной практикѣ, какъ старой, такъ и новой, и на дѣятельности мировыхъ по крестьянскимъ дѣламъ учрежденій. Сама ст. 130 носитъ въ себѣ зародыши своей неосуществимости. Условія, которыми здѣсь обставлена возможность примѣненія обычая, слишкомъ затруднительны и сложны, въ чемъ нетрудно убѣдиться съ перваго взгляда. Сюда въ особенности относится то правило, что обычай можетъ быть примѣняемъ лишь

[1]) Гр. касс. рѣш. 1871 г., № 166.
[2]) Тоже за 1870 г. №№ 897 и 1270.
[3]) Тоже за 1870 г., № 777.

къ разрѣшенію такихъ вопросовъ, которые не разрѣшены закономъ. Такъ какъ примѣненіе обычаевъ допускается только у мировыхъ судей, а не въ общихъ судахъ, и такъ какъ всякое дѣло, подлежащее вѣдѣнію мироваго судьи, можетъ сдѣлаться подсуднымъ окружному суду при измѣненіи цѣнности иска, то ясно, что нѣтъ такого дѣла, гдѣ подлежащій разрѣшенію юридическій вопросъ не разрѣшался бы если не буквальнымъ, то общимъ смысломъ закона, тоже обязательнымъ для мироваго судьи по ст. 9 уст. гр. суд. Тѣ самыя легальныя соображенія, на основаніи которыхъ окружной судъ разрѣшилъ бы данный вопросъ, еслибъ дѣло по цѣнѣ было ему подсудно, должны быть примѣняемы и мировымъ судьей, такъ что послѣдній строго говоря, вовсе не имѣетъ возмозможности примѣнять когда-либо обычай по случаю неполноты закона. Очевидно, что между ст. 9 и 130 есть внутреннее противорѣчіе; весьма естественно, что при затруднительности доказывать существованіе обычая, при легкости примѣненія общаго смысла закона и общемъ нерасположеніи нашихъ судей къ обычному праву противорѣчіе это на практикѣ разрѣшено безусловно не въ пользу ст. 130. Юристы-теоретики раздѣляютъ съ судебной практикой нерасположеніе къ этому закону. Мы видѣли, какъ г. Побѣдоносцевъ излагаетъ этотъ законъ такимъ образомъ, что онъ говоритъ собственно не о правовыхъ обычаяхъ, а о фактическихъ обыкновеніяхъ. Хотя это мнѣніе совершенно невѣрно, но оно характеризуетъ отношеніе нашей юриспруденціи, воспитанной на началахъ свода, къ тому новому началу, которое внесли въ нашъ юридическій бытъ судебные уставы.

Таковъ общій характеръ отношенія оффиціальнаго къ обычному праву. Для дополненія характеристики этого важнаго явленія въ нашемъ правомъ быту считаемъ не лишнимъ сгруппировать здѣсь еще нѣкоторыя данныя, имѣющія не мало значенія для вопроса о народномъ судѣ.

1) Въ случаѣ уничтоженія волостнаго суда или подчиненія его въ томъ или другомъ видѣ суду мировому, наибольшее практическое значеніе пріобрѣтетъ уст. о нак., налаг. мир. суд., какъ нормирующій всю матеріальную сторону дѣятельности мировыхъ судей по уголовнымъ дѣламъ Важно поэтому уяснить себѣ, въ какой степени этотъ уставъ соотвѣтствуетъ практическимъ условіямъ народнаго быта и народнымъ обычаямъ. Въ этомъ отношеніи интересны замѣчанія г. Безобразова, составляющія результатъ

его опыта въ качествѣ мироваго судьи. О пьянствѣ въ мировомъ уставѣ только двѣ статьи, замѣчаетъ онъ, а при томъ значеніи, которое проступокъ этотъ имѣетъ въ нашемъ быту, этого весьма недостаточно. Наказаніе, опредѣленное за буйство, слишкомъ незначительно и совсѣмъ нѣтъ наказанія за буйство въ семьѣ, пропиваніе домашнихъ вещей и т. под. Весьма недостаточны постановленія устава о самоуправствѣ и насиліи, проступкахъ столь обыкновенныхъ въ нашемъ быту. За побои наказаніе слишкомъ мало (штрафъ въ 25 р. для состоятельнаго человѣка нисколько не обременителенъ). Наказаніе за порубки (ст. 154) при незначительности лѣсной таксы слишкомъ мало, а онѣ у насъ весьма обыкновенны. Сравненіе 15 рубл. штрафа съ трехдневнымъ арестомъ не идетъ къ нашимъ бытовымъ условіямъ, ибо у крестьянъ иногда мѣсяцъ ареста равносиленъ штрафу въ 15 р. Вопреки желанію устава сдѣлать главнымъ наказаніемъ денежные штрафы, какъ менѣе обременительные, у крестьянъ, почти не имѣющихъ личной собственности, арестъ есть болѣе справедливое наказаніе, чѣмъ штрафъ. Чисто судебный характеръ мироваго суда тоже на практикѣ неудобенъ, ибо во многихъ случаяхъ примѣсь распорядительной власти оказывается весьма желательна (напр., въ семейныхъ спорахъ, жалобахъ на угрозы и т. под.). Хотя по уставу тюрьма гораздо болѣе тяжкое наказаніе, чѣмъ арестъ, но въ дѣйствительности помѣщенія для ареста при полиціи таковы, что арестъ оказывается наказаніемъ болѣе тяжкимъ, чѣмъ тюремное заключеніе [1]. Просимъ припомнить къ этому сдѣланныя прежде, при обзорѣ обычнаго уголовнаго права, замѣчанія о разногласіяхъ между оффиціальнымъ и обычнымъ правомъ; не ясно ли, что при такихъ условіяхъ уст. о наказ. ни въ одномъ пунктѣ не сходится съ народными понятіями объ уголовномъ правосудіи и требованіями крестьянскаго быта въ этомъ отношеніи, такъ что подчиненіе всѣхъ совершаемыхъ крестьянами проступковъ этому уставу должно оказаться на практикѣ крайне вреднымъ.

2) Изъ всѣхъ договоровъ въ крестьянскомъ быту наибольшее практическое значеніе безспорно имѣетъ договоръ личнаго найма. Относящіяся сюда правоотношенія постоянно обращали на себя особенное вниманіе законодателя, главнымъ образомъ потому, что договоры эти обыкновенно затрогиваютъ интересы не однихъ

---

[1]) Мысли о мировой судебной власти (Русск. Вѣстн. 1866 г., кн. 10).

крестьянъ нанимающихся, но и лицъ другихъ состояній, являющихся въ качествѣ нанимателей. Извѣстны всеобщія жалобы на уклоненіе крестьянъ отъ исполненія договоровъ найма; многіе полагаютъ, что изъятіе такихъ дѣлъ безусловно изъ вѣдомства волостныхъ судовъ и передача мировымъ судьямъ можетъ содѣйствовать болѣе строгому исполненію договоромъ найма; мы видѣли что были мировые съѣзды, которые проводили уже тотъ взглядъ, будто со введеніемъ новаго суда волостной судъ никогда не можетъ разбирать споровъ по найму крестьянъ не-крестьянами; но мы видѣли также, что волостной судъ вообще относится довольно строго къ неосновательному уклоненію отъ найма, допуская въ этихъ случаяхъ и тѣлесное наказаніе, невозможное въ практикѣ общихъ судовъ. Кто слѣдитъ за газетами или знакомъ съ этимъ дѣломъ по опыту знаетъ также, что жалобы у мировыхъ судей на нарушеніе условій найма обыкновенно исходятъ отъ нанимателей и лишь въ крайне рѣдкихъ случаяхъ отъ наймитовъ-крестьянъ. Отсюда естественно заключить, что наймиты обнаруживаютъ гораздо менѣе вѣрности данному слову, чѣмъ наниматели; этимъ какъ-будто оправдываются жалобы въ печати и въ обществѣ на склонность крестьянъ къ нарушенію договоровъ, на существованіе у насъ своего рода „рабочаго вопроса“ и т. п. Но послушаемъ голосъ человѣка, разсуждающаго по личному опыту въ мѣстности, гдѣ нашъ рабочій вопросъ имѣетъ наиболѣе важное значеніе, въ новороссійскомъ краѣ. „Въ дѣйствительности, говоритъ онъ, нарушенія условій найма бываютъ преимущественно со стороны нанимателей-помѣщиковъ, особенно въ отношеніи условленной пищи рабочимъ. Послѣдніе уклоняются уже вслѣдствіе плохихъ харчей отъ исполненія договора и уходятъ къ другому хозяину. Но они не заносятъ жалобъ мировымъ судьямъ потому, что это требуетъ большой траты времени, что́ крайне обременительно для крестьянъ въ рабочее время, нужно платить вознагражденіе свидѣтелямъ, да притомъ мировой обыкновенно требуетъ письменныхъ договоровъ, каковыхъ крестьяне не могутъ представить. Помѣщикамъ же разумѣется, вовсе не трудно жаловаться мировому. Результатомъ этого выходитъ, что судебная практика даетъ превратное понятіе о томъ, кто болѣе виновенъ въ неисполненіи найма — помѣщики или рабочіе“ [1]).

---

[1]) Одесскій Вѣстн. 1874 г., № 19 (ст. о рабочемъ вопросѣ).

Что крестьяне имѣютъ разумное основаніе не жаловаться мировымъ судьямъ на нанимателей видно изъ слѣдующаго: если рабочіе жалуются на неисполненіе хозяиномъ условій договора и просятъ объ уничтоженіи найма, мировой судья имъ въ этомъ отказываетъ, да еще подвергаетъ ихъ, по обвиненію исправника, наказанію по ст. 29 уст. о нак. [1]). Замѣтимъ кстати слѣдующее: 1) Самъ законъ въ одномъ случаѣ признаетъ за рабочими право самовольно оставить хозяина, не исполнивъ найма, если онъ нарушилъ договоръ неплатежемъ задатковъ во́-время. (Прил. 13 къ ст. 242 уст. пут. сообщ., п. 1). 2) Какъ общее правило однакожъ, только хозяинъ (фабрикъ) можетъ отказать рабочему до срока по неисполненію имъ условій найма (ст. 104 уст. пром. фабр. и зав., т. XI, ч. 2). 3) По понятіямъ крестьянъ, вполнѣ совпадающимъ съ началами теоріи и иностранныхъ законодательствъ, всякій контрагентъ имѣетъ право отказаться отъ договора по нарушенію условій его противной стороной. Соображая все это, мы приходимъ къ тому заключенію, что при теперешнемъ состояніи матеріальнаго и процессуальнаго права подчиненіе дѣлъ о наймѣ рабочихъ исключительно вѣдѣнію мироваго суда равносильно въ большинствѣ случаевъ отказу въ правосудіи рабочимъ; при равенствѣ de jure нанимателя и наймита на мировомъ судѣ, de facto всѣ выгоды этого суда исключительно на сторонѣ перваго. Этотъ фактъ безъ сомнѣнія заслуживаетъ самаго полнаго вниманія при обсужденіи вопроса о волостномъ судѣ, а равно и проекта новаго закона о личномъ наймѣ.

3) Относительно важной категоріи дѣлъ о наслѣдствѣ существуетъ такое же непримиримое противорѣчіе между условіями крестьянскаго быта и характеромъ оффиціальнаго права, какъ оно примѣняется въ общихъ судахъ. Мы достаточно говорили въ своемъ мѣстѣ о матеріальной сторонѣ этого разногласія Оно доходитъ до того, что крестьяне иногда (какъ это было въ одной деревнѣ 1865 г.) силой сопротивляются исполненію рѣшенія общаго суда о наслѣдствѣ, какъ противорѣчащаго ихъ понятіямъ о правѣ и справедливости [2]). Неудивительно поэтому, что всякое вмѣшательство общихъ судовъ въ наслѣдственныя дѣла крестьянъ оказывается практически обременительнымъ и несправедливымъ и

[1]) См. „Голосъ“ 1874 г., № 275.

[2]) Якушкинъ въ Юрид. Вѣстн. 1872 г., кн. 2—3, совр. об., стр. 12.

юридически неправильнымъ въ виду принципа ст. 38 общ. полож., предоставляющаго крестьянамъ во всѣхъ дѣлахъ о наслѣдствѣ (независимо отъ его цѣнности и подсудности) руководствоваться исключительно обычаями. Такъ, несомнѣнно правильно мнѣніе г. Обнинскаго, что къ наслѣдствамъ крестьянъ, даже если они подсудны общимъ судамъ, не должны быть примѣняемы общія мѣры охраненія наслѣдствъ [1]), какъ безполезныя и обременительныя въ крестьянскомъ быту. На практикѣ, однакожъ, мы видимъ противоположное. Принимается за безспорное, во-первыхъ, что по землямъ, пріобрѣтеннымъ внѣ надѣла, наслѣдованіе совершается по общимъ законамъ, и дѣла по наслѣдствамъ этого рода подвѣдомы общимъ судамъ, примѣняющимъ всѣ общія правила закона. Порядокъ утвержденія наслѣдствъ въ общихъ судахъ весьма сложенъ и обременителенъ для крестьянъ; суды всегда дѣлаютъ публикаціи о вызовѣ наслѣдниковъ, описываютъ имущество и принимаютъ мѣры охраненія его, въ томъ числѣ и скота, что для крестьянъ крайне неудобно. Это особенно чувствительно когда въ наслѣдствѣ есть недвижимость и утвержденіе производится окружнымъ судомъ; ибо нѣкоторые мировые судьи въ движимости утверждаютъ иногда и безъ соблюденія легальныхъ формальностей, примѣняясь къ ст. 130 уст. гр. суд. Большія затрудненія возникаютъ для крестьянъ также отъ незнанія законныхъ формальностей совершенія, явки и храненія духовныхъ завѣщаній. До введенія судебныхъ уставовъ волостныя правленія свидѣтельствовали неформальныя завѣщанія, а теперь считается необходимымъ соблюденіе всѣхъ законныхъ формальностей [2]). Эти замѣчанія принадлежатъ противнику народной юрисдикціи, вынужденному однакожъ признать всѣ неудобства подчиненія крестьянскихъ дѣлъ общему суду. Относительно утвержденія въ правахъ наслѣдства я, въ другомъ мѣстѣ, указалъ, что нѣкоторыя спеціальныя узаконенія освобождаютъ крестьянъ отъ обязанности доказывать свое наслѣдничье званіе непремѣнно опредѣленіемъ судебнаго мѣста, считая достаточнымъ удостовѣреніе волостнаго правленія и другія болѣе доступныя крестьянамъ доказательства. Г. Закревскій, не вѣрно понявшій мои замѣчанія о характерѣ судебнаго утвержденія въ правахъ наслѣдства по нашему праву, полемизируетъ противъ нихъ, доказывая, что

[1]) Юрид. Вѣстн. 1874 г., кн. 3, совр. об., стр. 20.

[2]) Кротковъ, волостные суды (От. Зап. 1873 г., кн. 8), стр. 184, 185, 195.

нѣтъ надобности, ради „юридической выправки“ требовать всегда отъ крестьянина, чтобъ онъ доказывалъ свои права наслѣдованія непремѣнно судебнымъ опредѣленіемъ [1]). Но такъ какъ я доказалъ, что судебное утвержденіе въ правахъ наслѣдства вообще не имѣетъ основаній въ началахъ нашего гражданскаго права, но есть продуктъ судебно-административной практики, то ясно, что я не могъ утверждать, будто судебное утвержденіе это должно быть требуемо непремѣнно вездѣ, гдѣ требуется оффиціальное доказательство наслѣдничьяго званія какого-нибудь лица. Напротивъ, я полагаю, что правило нѣкоторыхъ уставовъ о томъ, что для крестьянина удостовѣреніе волостнаго правленія считается достаточнымъ доказательствомъ перехода наслѣдства, должно получить болѣе общее примѣненіе къ разнаго рода случаямъ, когда отъ крестьянина можетъ потребоваться оффиціальное удостовѣреніе перехода къ нему правъ или обязанностей по наслѣдству.

Замѣтимъ еще слѣдующее. Дѣла о раздѣлѣ крестьянскаго имущества вообще не могутъ быть удовлетворительно разрѣшаемы юристами, коронными судьями. По замѣчанію одного писателя, догадки историковъ о происхожденіи суда присяжныхъ въ Англіи вообще неосновательны и излишни. „Наблюдая теперешнее судебное устройство Норвегіи, сохранившей съ давняго времени мелкую поземельную собственность, говоритъ онъ, можно придти къ заключенію, что необходимость цѣлесообразнаго разрѣшенія дѣлъ о раздѣлѣ крестьянской свободной собственности была причиной развитія суда присяжныхъ: дѣла этого рода могутъ быть удовлетворительно разрѣшаемы только судомъ посредниковъ или присяжныхъ, такъ какъ здѣсь необходимо принимать въ соображеніе не столько юридическіе, сколько экономическіе мотивы“ [2]).

4) Относительно долговыхъ взысканій опять таки и сторонники отмѣны волостныхъ судовъ вынуждены признать, что теперешнее состояніе мировой юстиціи нисколько не соотвѣтствуетъ понятіямъ и нуждамъ крестьянъ по этому предмету. Что мировые судьи вообще отказываютъ во взысканіи долга безъ письменныхъ доказательствъ (по ст. 409 уст. гр. суд.), это и по мнѣнію г. Кроткова не соотвѣтствуетъ нисколько потребностямъ юридическаго быта крестьянъ [3]). Мы не будемъ распространяться объ этомъ

[1]) Журн. Гр. и Уг. Пр. 1874 г., кн. 2, стр. 46.

[2]) Лангъ, Reise in Norwegen, S. 152.

[3]) Кротковъ, ib., стр. 170.

предметѣ, такъ какъ коснулись его уже въ своемъ мѣстѣ, но укажемъ здѣсь еще на слѣдующее обстоятельство. Законъ 28 іюня 1868 г. установилъ штрафъ за употребленіе негербовой бумаги для документовъ въ 25 разъ противъ цѣнности бумаги. Для крестьянъ подобный штрафъ крайне обременителенъ. Г. Никитинъ разсказываетъ характерный случай изъ судебной практики по этому предмету. Мировой судья по жалобѣ крестьянина опредѣлилъ: взыскать въ его пользу съ отвѣтчика по домашней роспискѣ 10 руб. и взыскать вмѣстѣ съ тѣмъ съ обѣихъ сторонъ по 3 р. 75 к. штрафу за употребленіе негербовой бумаги. Выслушавъ это рѣшеніе, истецъ обратился къ судьѣ съ такого рода рѣчью: „если есть такой законъ, поберегите его для другихъ, а мнѣ отдайте росписку, авось отвѣтчикъ одумается и безъ суда отдастъ всѣ 10 р.“ [1]). Если сопоставить данныя, указанныя въ разныхъ мѣстахъ настоящаго очерка, то должно признаться, что крестьянинъ почти по всякому дѣлу, по которому ему приходилось или придется судиться у мироваго, можетъ не безъ основанія сказать: поберегите законы для другихъ, а намъ предоставьте разбираться по своему, между собой. Относительно даннаго вопроса, если подчинить долговыя взысканія крестьянъ общимъ судамъ, едва ли возможно освободить ихъ отъ указаннаго штрафа, а этого одного достаточно для возбужденія серьезнаго неудовольствія въ сельскомъ населеніи. Требовать, чтобъ гербовая бумага получила полное право гражданства въ обыденной жизни крестьянина, очевидно невозможно, а преслѣдовать его огромными штрафами несправедливо и неосуществимо.

5) О томъ, какъ мало способенъ народъ усвоить и примѣнить оффиціальное право, свидѣтельствуетъ между прочимъ слѣдующій фактъ. Въ одной волости крестьяне заявили коммисіи, что они руководствуются въ гражданскихъ дѣлахъ исключительно X томомъ, обычаевъ не знаютъ; но оказывается, что въ этой волости съ жениховъ берутъ выводныя деньги за невѣстъ, уходящихъ въ другое общество (старинный обычай, противорѣчащій правиламъ X тома), приданое послѣ бездѣтно умершей жены возвращается ея родителямъ и существуютъ другіе подобные обычаи, неимѣющіе ничего общаго съ X томомъ (II, 3). Ясно, что народъ, даже тамъ,

---

[1]) Никитинъ, Общ. и законод. погрѣшности, стр. 158.

гдѣ онъ хочетъ примѣнять законъ, въ сущности придерживается обычнаго права, съ которымъ онъ всецѣло сросся.

6) Теоретическій характеръ нашего законодательства, часто построеннаго на ошибочномъ пониманіи условій дѣйствительной жизни, особенно низшихъ классовъ, отражается между прочимъ на томъ, что нѣкоторыя правоотношенія сельскаго быта, вслѣдствіе преувеличеннаго, теоретическаго воззрѣнія на ихъ важность и сложность, отнесены закономъ къ вѣдомству окружныхъ судовъ, тогда какъ было бы гораздо практичнѣе и удобнѣе предоставить ихъ компетенціи мироваго суда. Такимъ образомъ жалобы крестьянъ на сельскія должностныя лица и судъ надъ послѣдними по преступленіямъ должности предоставлены закономъ вѣдѣнію окружныхъ судовъ, что весьма затрудняетъ крестьянамъ возможность борьбы съ злоупотребленіями своего выборнаго начальства; они весьма часто приносятъ жалобы этого рода какъ мировымъ посредникамъ, такъ и мировымъ судьямъ и было бы желательно, какъ замѣчаетъ г. Безобразовъ, чтобъ дѣла эти были подчинены вѣдѣнію мировыхъ судей [1]).

При составленіи судебныхъ уставовъ принято за общее правило, что всѣ дѣла, относящіяся къ праву на недвижимость, даже дѣла охранительнаго свойства, должны быть отнесены къ вѣдѣнію окружныхъ судовъ, такъ какъ они особенно важны, сложны и требуетъ большихъ юридическихъ знаній. Поэтому мысль о передачѣ нѣкоторыхъ дѣлъ охранительнаго свойства исключительно мировымъ судьямъ отвергнута. Между тѣмъ для крестьянъ возможно совершеніе актовъ на недвижимость до 300 р. съ одной запиской въ книгу волостнаго правленія. Такимъ актамъ на практикѣ ни волостные суды, ни другія судебныя административныя власти не придаютъ значенія крѣпостныхъ актовъ и часто не придаютъ имъ никакого юридическаго значенія. Это естественно ведетъ къ непрочности крестьянскаго землевладѣнія и зависимости крестьянъ отъ волостныхъ писарей, отъ которыхъ зависитъ дать акту въ книгѣ болѣе или менѣе правильную формулировку. Такимъ образомъ, для дворянской недвижимой собственности законъ считаетъ необходимымъ такую гарантію какъ производство въ окружномъ судѣ: мировой судъ считается недостаточнымъ для гарантированія правильнаго разрѣшенія относящихся къ ней дѣлъ.

---

[1]) Безобразовъ въ Русскомъ Вѣстн. 1866 г., кн. 10.

Для крестьянской же собственности считается достаточнымъ волостной судъ, непредставляющій никакихъ гарантій. Въ дѣйствительности соображенія, на которыхъ основано мнѣніе о необходимости разбора всѣхъ дѣлъ о недвижимости въ окружныхъ судахъ, суть теоретическаго свойства, искусственно придуманы и не соотвѣтствуютъ условіямъ нашего быта. Возможно и желательно поэтому, чтобы нѣкоторыя дѣла о недвижимости всякаго рода были отнесены къ вѣдѣнію мироваго суда и мысль эта дѣйствительно возникла въ законодательной сферѣ [1]). Мы не можемъ согласиться съ тѣмъ, что слѣдуетъ отнять отъ волостныхъ судовъ юрисдикцію по дѣламъ о крестьянской недвижимости и лишить крестьянъ возможности совершать неформальные акты посредствомъ записи въ волостную книгу; но нельзя не согласиться съ тѣмъ, что если нѣкоторыя дѣла о крестьянской недвижимости должны уже разбираться въ общихъ судахъ, то мировой судъ представляетъ достаточно гарантій и нѣтъ никакой надобности затруднять крестьянъ хожденіемъ въ окружномъ судѣ, обыкновенно далекомъ и недоступномъ для мужика!

Послѣ этихъ замѣчаній, имѣющихъ цѣлью рельефно обозначить разладъ между началами оффиціальнаго права и потребностями правоваго быта крестьянъ, естественно остановиться на вопросѣ: желательно ли искуственное навязываніе народной массѣ правовыхъ началъ ей чуждыхъ, путемъ подчиненія крестьянскихъ дѣлъ общимъ судамъ и общимъ законамъ? Собственно говоря, отвѣтъ на этотъ вопросъ не можетъ подлежать никакому сомнѣнію. Опытъ всѣхъ странъ достаточно говоритъ о вредности и въ то же врамя неосуществимости подобнаго рода экспериментовъ in anima vili. То обстоятельство, что законодательные эксперименты этого рода часто составляютъ плодъ вполнѣ добросовѣстныхъ стремленій принести пользу народу противодѣйствіемъ его обычному жизненному строю, не имѣетъ никакого вліянія на ихъ достоинства. Къ нимъ всегда примѣнимы по аналогіи слова Нибура: „съ искреннимъ желаніемъ благодѣтельствовать мужику—ведутъ его къ разоренію, дозволяя ему дѣлить, отчуждать, закладывать свое имѣніе“ [2]). По связи съ вопросами, подлежавшими здѣсь на-

---

[1]) Градовскій, Судебное законод. и суд. практика (Русск. Вѣстн. 1872 г. кн. 7).

[2]) Сочиненія Кавелина, т. IV, стр. 286.

шему сужденію, заслуживаетъ вниманія исторія законодательства Іосифа II о наслѣдованіи у крестьянъ.

Закономъ 1787 г уничтожены были всѣ прежніе обычаи и мѣстные законы о наслѣдованіи крестьянъ въ Галиціи. „До сихъ поръ, говоритъ законъ, былъ обычай, что домъ крестьянина оставался всегда младшему сыну, опека надъ малолѣтними наслѣдниками принадлежала вдовѣ-матери, а по вступленіи ея въ новый бракъ—вотчиму. Этотъ порядокъ способствовалъ переходу наслѣдственныхъ имуществъ въ чужіе роды и былъ вреденъ для малолѣтнихъ. Посему установляется въ порядкѣ наслѣдованіе майоратъ, опека подчинена общимъ законамъ; мать не можетъ быть единственной опекуншей дѣтей". Дополнительные законы установили еще слѣдующее: „мать не можетъ управлять наслѣдствомъ, даже своей частью въ немъ, и вообще должна получать только денежное вознагражденіе за свою долю". Законы эти вызвали всеобщее неудовольствіе, крестьяне обходили ихъ завѣщаніями, которыя не были запрещены закономъ, и, наконецъ, правительство нашлось вынужденнымъ отмѣнить ихъ въ 1790 и 1791 гг. [1]). Мы видимъ тутъ примѣръ вредной и безплодной борьбы противъ общеславянскихъ обычаевъ, признаваемыхъ и теперь нашимъ крестьяниномъ, борьбы, вызванной безспорно искреннимъ желаніемъ добра народу. Какъ петровскій законъ о майоратахъ, такъ и іосифовскій, основанъ на стремленіи искуственно поддерживать единство и нераздѣльность имущества семьи и предупреждать возможность перехода его изъ одной семьи въ другую; различіе въ томъ, что нашъ законодатель обратилъ исключительное вниманіе на дворянскую собственность, а австрійскій—на крестьянскую. Но оба закона были весьма недолговѣчны вслѣдствіе рѣзкаго разлада съ глубоко укоренившимися народными обычаями и понятіями.

Весьма поучительны во многихъ отношеніяхъ факты, относящіеся къ исторіи англійскаго управленія Индіей, насколько мы имѣемъ тутъ дѣло съ попытками навязыванья народу чуждыхъ ему правовыхъ системъ во имя отвлеченныхъ началъ справедливости, выработанныхъ на другой почвѣ, при другихъ условіяхъ историческаго развитія. Еще въ 1824 г. одинъ изъ англоиндейскихъ администраторовъ Генри Россель выразилъ слѣдующее мнѣ-

[1]) Кн. Урусскій, Крестьянскія дѣла въ Царствѣ Польскомъ, 1859 г., ч. 2 стр. 36 и сл.

ніе. „Нѣтъ сомнѣнія, что наши уставы въ управленіи страной вызваны самими филантропическими и хорошими побужденіями; но наши законы и обычаи, идеи и формы правосудія такъ же мало приспособлены къ состоянію и понятіямъ общества въ Индіи, какъ дома и платья наши къ здѣшнему климату. Поэтому, наша система, несмотря на усердіе исполнителей и ихъ искусность, принесла болѣе вреда и вреда неисправимаго, чѣмъ самые безобразные эксцессы мѣстныхъ правительствъ Индіи“ [1]). Мнѣніе это вполнѣ подтверждается всѣми знакомыми съ состояніемъ правосудія въ Индіи (см., напр., Мэна: „Сельская община на востокѣ и западѣ“). Любопытенъ слѣдующій фактъ. Вслѣдствіе миссіонерскаго фанатизма, поддерживаемаго прежде англійской компаніей, въ Индіи уничтоженъ былъ въ 1864 г. прежній порядокъ совершенія браковъ и разводовъ у магометанскаго населенія казіями (ихъ духовными лицами) и введенъ былъ гражданскій порядокъ совершенія брака и развода при участіи двухъ свидѣтелей. Но порядокъ этотъ, противорѣчащій понятіямъ и обычаямъ народа, привелъ къ тому, что число семейныхъ преступленій значительно увеличилось и судъ никогда не могъ удостовѣриться надлежащимъ образомъ въ дѣйствительномъ существованіи брака. Поэтому правительство нашлось вынужденнымъ возвратиться къ прежней системѣ [2]). Наконецъ, въ отчетѣ объ управленіи Индіей за 1872 г. администрація была вынуждена оффиціально сознаться въ совершенной неприменимости англійской юстиціи къ индейскому быту. Состояніе правосудія въ Индіи рисуется здѣсь самыми мрачными красками. Сэръ Джорджъ Кэмпбелль, намѣстникъ Бенгаліи, обращаетъ вниманіе на слѣдующее. Въ отчетный періодъ въ Индіи было 1.088,183 гражданскихъ процесса. Сутяжничество приняло такіе размѣры, которые не имѣютъ ничего себѣ подобнаго въ исторіи какой-либо другой страны. Масса юридическаго труда, потребляемаго здѣсь исками, жалобами, апелляціями и т. под., просто невѣроятна. Процессы часто доводятъ людей до отчаянія. Дошло до того, что тяжущіеся приносятъ человѣческія жертвы англійской Өемидѣ, засѣдающей въ послѣдней инстанціи въ Лондонѣ въ такъ-называемомъ Privy Council. Недавно былъ случай такого рода. Два индуса вели тяжбу о наслѣдственномъ имуще-

---

[1]) Warren, l'Inde Anglaise etc., 1857, t. 1, p. 99.

[2]) См. Pall-Mall Gazette отъ 8-го января 1874 г.

ствѣ; одинъ изъ тяжущихся выигралъ въ высшемъ судѣ, но дѣло должно было перейдти въ Лондонъ. Не имѣя болѣе средствъ для дальнѣйшаго ходатайства въ высшемъ судилищѣ, онъ взялъ стараго бѣдняка и принесъ его на вершинѣ высокой горы въ жертву богамъ, управляющимъ мыслями лондонскихъ судей. Стремленіе англійскихъ судей придерживаться строгихъ юридическихъ теорій и буквальнаго исполненія договоровъ, совершенныхъ невѣжественными и непредусмотрительными индусами, по мнѣнію Кэмпбелля, ведетъ къ жестокости относительно бѣдныхъ людей, имѣя своимъ обыкновеннымъ послѣдствіемъ кабалу и рабство. Особенно вредна наклонность судей придерживаться въ каждомъ послѣдующемъ дѣлѣ непремѣнно тѣхъ началъ, которыя были установлены практикой прежде по однородному случаю. Приверженность къ прецедентамъ составляетъ, какъ извѣстно, характеристичную черту англійской юриспруденціи и придаетъ ей стойкость и логическую стройность; но въ Индіи тенденція эта оказывается вредной и неприменимой. Каждое рѣшеніе противъ бѣдняка становится источникомъ сотни другихъ однородныхъ рѣшеній къ закабаленію бѣдняковъ; это, конечно, выгодно для богатыхъ кляузниковъ, но гибельно отзывается на массѣ населенія [1]).

Нельзя не удивляться тому, какую превосходную иллюстрацію нашихъ отношеній даютъ эти факты, относящіеся къ столь отдаленной отъ насъ странѣ при такихъ различныхъ условіяхъ быта. Какъ ни парадоксальнымъ это можетъ показаться съ перваго взгляда, но въ дѣйствительности народная масса, у насъ живущая по обычному праву, находится въ такомъ же отношеніи къ своду законовъ и общей судебной практикѣ, какъ масса индусовъ къ англійской юстиціи и англійской юриспруденціи. И здѣсь и тамъ рѣзкій разладъ между правовыми понятіями и нуждами народной массы, живущей по своимъ исконнымъ, отчасти до историческимъ, обычаямъ, бѣдной, исключительно земледѣльческой, съ общиннымъ хозяйствомъ и общею семейною собственностью, недоросшей еще до индивидуалистическихъ идей въ правѣ, между прочимъ до принципа обязательности договора, съ одной стороны, и между правомъ господствующихъ классовъ, составляющимъ продуктъ высшей цивилизаціи, другаго экономическаго и

---

[1]) Беру эти свѣдѣнія изъ извлеченія, сдѣланнаго англійскими газетами. См. Swiss Times отъ 6-го сентября 1873 г.

моральнаго строя общежитія. И здѣсь и тамъ видимъ попытки (во имя начала, сроднаго съ наполеоновскимъ принципомъ: tout pour le peuple, rien par le peuple) искусственно привить къ народному быту принципы непонятной ему системы права и съ одинаково вредными послѣдствіями въ обоихъ случаяхъ. Логически-послѣдовательное примѣненіе къ однороднымъ дѣламъ одних правовыхъ началъ (что̀ намъ кажется необходимымъ условіемъ правосудія) оказывается одинаково вреднымъ на берегахъ Ганга и Волги, ибо и здѣсь и тамъ народъ находится еще на той ступени экономическаго и умственнаго развитія, которая требуетъ такой формы правосудія, какъ древнегреческія „ѳемиды". Буквальное исполненіе договора при всевозможныхъ экономическихъ условіяхъ намъ то же кажется совершенно необходимой принадлежностью правоваго быта; но нашъ народъ, какъ мы видѣли прежде, до сихъ поръ находится, подобно индусамъ на точкѣ зрѣнія древнеримскаго jus poenitendi и древнегерманскаго Reuerecht. Такимъ образомъ мы, подобно Генри Росселю, можемъ сказать: если даже наши уставы въ примѣненіи къ народной жизни диктованы вполнѣ гуманными стремленіями (какъ этого нельзя отрицать относительно нѣкоторыхъ мировыхъ посредниковъ и судей въ ихъ противодѣйствіи обычаямъ, напр., относительно тѣхъ, которые обязывали крестьянъ дѣлить наслѣдство между всѣми дѣтьми, не исключая дочерей), но наши законы такъ же мало приспособлены къ условіямъ народнаго быта, какъ наше платье къ ихъ роду жизни. Поэтому примѣненіе свода къ народному быту, не смотря на усердіе исполнителей, приноситъ больше вреда и вреда неисправимаго, чѣмъ самые безобразные эксцессы волостныхъ судей, всегда стоящихъ на уровнѣ народныхъ понятій и потребностей.

Необходимо здѣсь принять еще въ соображеніе, что у насъ есть масса инородческаго населенія, относительно котораго само правительство съ давнихъ поръ придерживается системы полнаго невмѣшательства въ ихъ обычное право, регулируя только въ общихъ чертахъ организацію судебно административной власти у нихъ. Правительство, правда, имѣло въ виду собрать и обнародовать юридическіе обычаи инородцевъ, но мысль эта повидимому оставлена; по крайней мѣрѣ она не приведена въ исполненіе до сихъ поръ [1]). Можно было бы подумать, что отношеніе зако-

[1]) Г. въ Ж. М. Ю. 1866 г., кн. 10, стр. 7 и сл.

нодательства къ обычному праву полудикихъ и во всякомъ случаѣ чуждыхъ племенъ совершенно различно отъ того, какъ оно относится къ быту господствующаго, наиболѣе многочисленнаго племени, изъ среды котораго выходятъ и самые законодатели страны. Но на дѣлѣ оказывается такой разладъ между понятіями и стремленіями различныхъ классовъ самаго русскаго народа, что нашъ простолюдинъ съ своимъ обычнымъ правомъ въ сущности трактуется законодательствомъ совершенно такъ же, какъ и татаринъ, мордвинъ, самоѣдъ въ своемъ обычно-правовомъ быту. Относительно обычнаго права инородцевъ законодательная политика наша придерживается слѣдующихъ руководящихъ началъ: 1) Только процессуальное право въ общихъ чертахъ (особенно судоустройство, соприкасающееся съ государственнымъ правомъ) регулируется закономъ, сообразно однакожъ обычаямъ; матеріальное же право предоставляется автономіи народа и народнаго суда. 2) Изъятіе изъ этого дѣлается только для тѣхъ правоотношеній, гдѣ инородцы участвуютъ не исключительно, а совмѣстно съ лицами другихъ состояній или съ казной; о такихъ правоотношеніяхъ встрѣчаются уже положительныя постановленія въ законѣ и вообще дѣла инородцевъ съ другими гражданами имперіи подлежатъ дѣйствію общихъ законовъ. 3) Если законъ иногда самостоятельно регулируетъ правовой вопросъ, относящійся къ внутренней жизни инородцевъ, то самостоятельность его только кажущаяся; на дѣлѣ же такой законъ только санкціонируетъ какой-нибудь общераспространенный обычай, почему-либо нуждающійся въ защитѣ закона. Таково правило ст. 1161 зак. гр. (жены магометанина получаютъ 1/8 часть имущества умершаго мужа). Тутъ нѣтъ никакого дѣйствительнаго вмѣшательства закона въ порядокъ наслѣдованія у мусульманъ, ибо правило это содержится въ ихъ духовно-гражданскомъ законодательствѣ (шаріатѣ), какъ упомянуто было въ своемъ мѣстѣ. 4) Обычное право инородцевъ имѣетъ примѣненіе только въ ихъ народныхъ судахъ; общіе суды имперіи всегда должны примѣнять общіе законы, кто бы ни были тяжущіеся и какого бы ни было свойство ихъ дѣла. Таковъ между прочимъ, смыслъ ст. 1338 зак. гр. и петербургская судебная палата по дѣлу Топчибашевыхъ правильно признала, что по своду споръ о наслѣдствѣ между магометанами въ общихъ судахъ производится и рѣшается на основаніи общихъ законовъ,

а не магометанскихъ обычаевъ [1]). Совершенно тѣ же начала, какъ указано въ разныхъ мѣстахъ этого очерка, приняты законодательствомъ и судебной практикой относительно обычнаго права русскаго народа. Законъ опредѣляетъ лишь организацію народнаго суда, а не матеріальное право, которымъ онъ можетъ или долженъ руководствоваться. Исключеніе дѣлается для тѣхъ правоотношеній народа, въ которыхъ прямо заинтересованы или казна или лица другихъ состояній. Иные обычаи, почему-либо особенно важные, приняты закономъ въ свой составъ, не переставая однакожъ быть продуктами правоваго творчества самаго народа, а не государственной власти. Наконецъ, примѣненіе обычнаго права народа отчасти по закону, отчасти вслѣдствіе рѣшительнаго нежеланія судей, не можетъ имѣть мѣста въ общихъ судахъ ограничиваясь исключительно волостными судами. Поэтому, напр., наслѣдственные обычаи крестьянъ и принципъ общей семейной собственности имѣютъ также мало доступа въ практику общихъ судовъ, какъ соотвѣтственные обычаи магометанъ-инородцевъ, хотя смыслъ ст. 38 общ. пол. и ст. 130 уст. гр. суд. радикально противоположенъ смыслу ст. 1338 т. X ч. 1: такъ безсиленъ законъ противъ общихъ началъ, вполнѣ гармонирующихъ съ уровнемъ юридическаго и соціальнаго развитія судей!

Это обнаруживается между прочимъ, слѣдующимъ обстоятельствомъ. Правительственный проектъ преобразованія управленія средне-азіятскими нашими владѣніями предлагаетъ ввести у инородцевъ правильный волостной судъ (судьи выбираются жителями цѣлаго округа, соотвѣтствующаго нашей волости); до сихъ поръ у нихъ никакого суда въ собственномъ смыслѣ нѣтъ, а тяжущіеся выбираютъ по взаимному соглашенію посредниковъ для разрѣшенія ихъ спора. Одинъ изъ органовъ нашей печати, разбирая этотъ проектъ, находитъ его неудовлетворительнымъ. „Слѣдуетъ", говоритъ онъ, или „подчинить средне-азіятскихъ инородцевъ общему суду и общимъ законамъ или оставить неприкосновеннымъ ихъ адатъ (обычное право), т. е. не создавать никакихъ регулярныхъ судовъ, какъ не соотвѣтствующихъ условіямъ быта кочевниковъ" [2]). Разсужденіе это показываетъ, какъ глубоко укоренились бюро-

---

[1]) Суд. Вѣст. 1874 г., № 80.

[2]) См. С.-Петерб. Вѣдом. отъ 14-го августа 1874 г.

кратическія идеи въ нашемъ обществѣ. Согласно указаннымъ выше началамъ законодательной политики, у насъ понимаютъ только одно отношеніе закона къ обычному праву: игнорированіе послѣдняго. Это игнорированіе проявляется двояко: съ одной стороны, въ полномъ невмѣшательствѣ закона въ обычный бытъ народной массы, пока она не приходитъ въ столкновеніе съ органами общей судебно-административной власти; съ другой—въ полномъ отрицаніи послѣднимъ органами значенія обычнаго права въ сферѣ своей дѣятельности. Съ этой точки зрѣнія аргументируетъ указанный органъ печати. Между тѣмъ, дѣйствительно справедливой и цѣлесообразной можно признать только другую систему: законъ не игнорируетъ нужды и понятія народной массы, а напротивъ регулируетъ ея бытъ въ духѣ дальнѣйшаго развитія обычаевъ, сообразно измѣняющимся условіямъ народной жизни, и притомъ не изгоняетъ обычай изъ сферы дѣятельности общихъ судовъ, а наоборотъ признаетъ за нимъ оффиціальное право на существованіе рядомъ съ закономъ, при извѣстныхъ условіяхъ. Зародыши для этой системы находятся уже въ дѣйствующемъ правѣ, какъ мы видѣли прежде, но они на практикѣ не получили никакого развитія, благодаря неудовлетворительной редакціи законовъ, а главнымъ образомъ вслѣдствіе преобладанія какъ въ законѣ, такъ и въ понятіяхъ судей противоположной системы игнорированія.

Что касается собственно средней Азіи, то если справедливо, что мы имѣемъ тамъ цивилизующее призваніе, то оно прежде всего должно выразиться въ дарованіи населенію прочныхъ учрежденій по суду и администраціи, какъ необходимыхъ условій развитія осѣдлости и гражданственности. Организація волостнаго суда у номадовъ, само собою разумѣется, не отнимаетъ у нихъ возможности прибѣгать къ обычному суду посредниковъ по ихъ усмотрѣнію, ибо право это принадлежитъ всѣмъ вообще гражданамъ; но почему-жъ не дать населенію возможности прибѣгать къ помощи правильнаго суда по обычному праву, если соглашенія о выборѣ посредниковъ не состоялось? Мысль же о возможности подчиненія среднеазіятскихъ инородцевъ суду по своду законовъ, вовсе непримѣнимому даже къ быту русскаго народа, есть очевидная нелѣпость. Вообще указанное разсужденіе объясняется только преобладаніемъ у насъ бюрократической идеи, будто отношеніе закона къ обычному праву можетъ быть только пассив-

ное, игнорирующее, отрицательное. Впрочемъ, вопросъ объ обычномъ правѣ и народномъ судѣ инородцевъ не входитъ въ нашу задачу, а мы коснулись его только потому, что онъ разъясняетъ по аналогіи вопросы, относящіеся къ русскому народному суду.

V.

Въ заключеніе считаемъ не лишнимъ разобрать, при помощи собранныхъ выше данныхъ, нѣкоторыя изъ мнѣній, высказанныхъ въ печати объ обычномъ правѣ и волостномъ судѣ, а затѣмъ вкратцѣ указать нашъ взглядъ на этотъ предметъ.

Послушаемъ сперва г. Пестржецкаго. „Изученіе судебно-полицейской практики недавняго времени должно представлять больший интересъ, чѣмъ какіе-то юридическіе обычаи, предположительно, хотя и подъ большимъ сомнѣніемъ, существующіе на сельскихъ сходахъ... Вообще сомнѣваемся въ необходимости для практическихъ цѣлей нашего правовѣдѣнія всякихъ историко-юридическихъ изслѣдованій.... Ничего не ожидаемъ отъ историко-юридическихъ изслѣдованій нашихъ народныхъ обычаевъ... Въ Германіи и другихъ странахъ обычаи всегда имѣли практическое значеніе. У насъ же обращаться къ народнымъ обычаямъ, послѣ того, какъ за ними нѣсколько столѣтій не признавали никакого юридическаго значенія, едва ли можетъ привести къ какимъ-либо практическимъ цѣлямъ правовѣдѣнія. Думать, что въ безсвязныхъ обломкахъ народной памяти, годныхъ лишь для историка и этнографа, возможно открыть принципъ права или матеріалъ для творчества въ области права, имѣетъ въ нашихъ глазахъ видъ безплоднаго мечтанія“ [1]). Мы не можемъ согласиться съ приведеннымъ разсужденіемъ. Судебная практика полиціи дѣйствительно представляетъ нѣкоторый интересъ, но насколько въ ней можно отыскать самобытныя правовыя идеи, заимствованныя не изъ свода, она воспроизводитъ только народные же обычаи, что̀ весьма естественно, ибо при совершенномъ отсутствіи научнаго образованія чины полиціи, какъ и большинство судей низшей инстанціи, могли черпать свои правовыя понятія, за исключеніемъ закона, лишь изъ обычно-правовыхъ воззрѣній. Такъ мы видѣли, что полиція, отступая отъ свода во взглядѣ на роль примиренія въ уголовномъ процессѣ, только повторяетъ древній народный обычай

[1]) Журн. Гр. и Угол. Права за 1874 г., кн. 1, стр. 110.

по сему предмету. Большаго значенія. какъ практическаго, такъ и теоретическаго, практикѣ полицейскихъ судовъ нельзя придавать уже потому, что здѣсь нѣтъ элементарной гарантіи для выводовъ всякаго рода—увѣренности въ безпристрастности полицейскихъ рѣшеній. Для того, чтобъ по матеріалу судебной практики составить понятіе о томъ, что въ данномъ судѣ считается дѣйствующимъ правомъ, нужно прежде всего быть убѣжденнымъ въ томъ, что рѣшенія этого суда состоялись согласно его правовымъ убѣжденіямъ, а не независимо отъ нихъ или даже вопреки имъ, по мотивамъ, не имѣющимъ ничего общаго съ правосудіемъ. Убѣжденіе это мы имѣемъ относительно рѣшеній волостныхъ судовъ (жалобы на продажность этихъ судовъ не слышны даже отъ ихъ рѣшительныхъ противниковъ, по крайней мѣрѣ, онѣ очень рѣдки, и коммисіи, кажется, такихъ жалобъ нигдѣ не было заявлено); но всѣмъ извѣстно, какимъ характеромъ отличалась въ этомъ отношеніи практика полиціи.

Здѣсь не мѣсто опровергать мнѣніе о совершенной безполезности историко-юридическихъ изслѣдованій у насъ, какъ не относящееся прямо къ нашему предмету, но для всякаго образованнаго юриста неосновательность его не требуетъ доказательствъ.

Невѣрно будто народные обычаи у насъ нѣсколько вѣковъ не имѣли никакого практическаго значенія. Противоположное достаточно доказано выше. Невѣрно далѣе, будто обычное право представляетъ какіе-то безсвязные обломки, случайно удержавшіеся въ народной памяти. Мы видѣли, что обычное право во всѣхъ своихъ частяхъ представляетъ довольно стройное цѣлое, выведенное изъ немногихъ основныхъ началъ и вполнѣ удовлетворяющее понятіямъ и потребностямъ создавшаго его народа (большаго нельзя требовать ни отъ какой правовой системы). Мы видѣли также, что эти будто бы „безсвязные обломки“ представляютъ послѣдовательное преемство извѣстныхъ началъ древняго права, какъ отечественнаго и общеславянскаго (напр. порядокъ законнаго наслѣдованія), такъ и свойственнаго другимъ народамъ на извѣстной ступени развитія. Невѣрно наконецъ и то, будто обычное право не можетъ ничѣмъ обогатить законодательство и судебную практику. Мы видѣли напротивъ, что и законъ и еще болѣе судебная практика весьма многимъ заимствовались у народныхъ обычаевъ. Указано было также на то, что особенно по гражданскому праву законъ и судъ въ теперешнемъ ихъ состояніи

могутъ воспользоваться въ значительной мѣрѣ правовыми идеями, выработанными здравымъ смысломъ народа. Читатель припомнитъ, какъ часто намъ приходилось отмѣчать, что разрѣшеніе того или другаго вопроса волост. судомъ гораздо ближе къ началамъ науки и западныхъ законодательствъ, чѣмъ разрѣшеніе, которое онъ находитъ въ сводѣ и въ практикѣ общихъ судовъ. И при этомъ не надо забывать, что волост. суды рѣшаютъ лишь меньшинство дѣлъ у крестьянъ и считаются уже судами по закону (т.-е. главнымъ образомъ по положенію 19 февраля, сельскому судебному уставу и др. узаконеніямъ, относящимся спеціально до крестьянъ), а дѣйствительный судъ по обычаю для большинства крестьянскихъ дѣлъ—это судъ сельскій, котораго дѣятельность еще ждетъ изслѣдователей; во-вторыхъ, нужно имѣть въ виду, что для нашего очерка мы пользовались далеко не всѣми даже изъ обнародованныхъ матеріаловъ по обычному праву. Возможно ли, спрашивается, послѣ этого согласиться съ г. Пестржецкимъ, когда онъ увѣряетъ насъ въ совершенной безплодности для правовѣдѣнія изслѣдованія народныхъ обычаевъ?

Впрочемъ, г. Пестржецкій въ своихъ разсужденіяхъ забываетъ еще слѣдующую бездѣлицу. Если изученіе обычнаго права и неважно для общаго законодательства и общей судебной практики (что однакожъ вполнѣ невѣрно), то остается еще огромная масса сельскаго населенія, живущаго и судящагося по обычаю; ни наукѣ, ни государству, ни обществу не можетъ быть индифферентнымъ, какого свойства тѣ правила и обычаи, по которымъ живетъ все сельское населеніе. Поэтому только укоренившеюся отчужденностью между высшими и низшими классами населенія можно объяснить такое болѣе чѣмъ странное мнѣніе, будто все неимѣющее практическаго значенія для высшихъ классовъ не заслуживаетъ никакого вниманія ни со стороны законодательства, ни со стороны науки права и можетъ интересовать только праздныхъ антикваріевъ и этнографовъ.

Послушаемъ теперь разсужденія другого писателя, г. К. Н. Ж., выступившаго рѣшительнымъ противникомъ народнаго суда и обычнаго права съ другой точки зрѣнія. Крестьяне, говоритъ онъ, имѣютъ самое смутное понятіе о правѣ собственности и ужасающее извращенное понятіе о семейныхъ отношеніяхъ. Женщина—рабочая сила, она ничѣмъ не ограждена отъ звѣрства и насилій. Волост. судъ постоянно смѣшиваетъ гражданскія дѣла

съ уголовными. Онъ не можетъ обобщать вопросовъ права, но стремится разрѣшать каждое дѣло по его обстоятельствамъ. При общинномъ устройствѣ рядъ дѣлъ, которыя по существу своему не подлежатъ судебному разсмотрѣнію, находится въ вѣдѣніи волостнаго суда. Такъ, въ московской губерніи, въ 1868 г., волостными судами разсмотрѣно 1130 дѣлъ, изъ нихъ лишь 504 дѣла судебнаго свойства. Необходимо ограничить дѣятельность волостныхъ судовъ рамками чисто судебными, согласно началамъ судебныхъ уставовъ. Примѣненіе обычая должно быть допускаемо лишь при условіяхъ ст. 130 уст. гр. суд. и притомъ существованіе обычая должно быть строго доказано, въ противномъ случаѣ дается просторъ произволу. Необходимо установить нѣсколько инстанцій для разбора дѣлъ по обычаю. Слѣдуетъ далѣе кодифицировать обычное право, собирая рѣшенія, постановленныя мировыми судьями по ст. 130; статьей этой, по мнѣнію г. К. Н. Ж., вполнѣ разрѣшается вопросъ о разумномъ примѣненіи обычая въ судебной практикѣ [1]). И здѣсь мы должны сказать: что ни предложеніе, то невѣрная мысль или невѣрный фактъ. Несправедливо упрекаютъ крестьянъ въ томъ, что они отрицаютъ право собственности на томъ основаніи, что оно получило у нихъ другое развитіе, чѣмъ усвоенная сводомъ римская форма этого права. Общинная и общесемейная собственность, въ противоположность личной, есть результатъ иныхъ экономическихъ условій народнаго быта, исчезающій вмѣстѣ съ измѣненіемъ этихъ условій. Доказательствомъ служитъ, напр., слѣдующій интересный фактъ. Тогда какъ у бѣдныхъ поморовъ-рыболововъ на сѣверѣ судно составляетъ общую собственность всей семьи, у богатыхъ, напротивъ, оно принадлежитъ исключительно главѣ семьи [2]). Здѣсь мы видимъ, какъ, по естественному закону экономическаго развитія, личная собственность замѣняетъ общую у нашего крестьянина такимъ же образомъ, какъ процессъ этотъ происходилъ повсемѣстно. Нѣтъ надобности доказывать, что та форма организаціи собственности, которая предусмотрѣна въ ст. 420 зак. гр., не есть единственная въ исторіи этого института и не есть также безусловно лучшая. Затѣмъ, если и справедливо, что понятія крестьянъ о семейныхъ отношеніяхъ оставляютъ желать очень многаго, то не

---

[1]) Юрид. Вѣстн. 1873 г., кн. 2 и 3.

[2]) Сборн. нар. юрид. обыч. арханг. губ., стр. 48.

нужно забывать двухъ обстоятельствъ. Во-первыхъ, оффиціальное наше право тоже стоитъ очень низко въ этомъ отношеніи; обычный порядокъ даже гораздо болѣе защищаетъ дѣтей отъ тираніи родителей и женъ отъ угнетенія мужей, чѣмъ общіе суды. Во-вторыхъ, волостной судъ вообще не столько потворствуетъ дурнымъ обычаямъ этого рода, сколько противодѣйствуетъ имъ. То и другое достаточно было доказано выше. Что женщина рабочая сила и положеніе ея въ семьѣ крестьянина незавидно, это справедливо, но не можетъ быть поставлено въ вину ни волостному суду, ни обычному праву, ибо вытекаетъ изъ незавидныхъ экономическихъ условій крестьянскаго быта. Дѣйствительно, мы видимъ, что въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ женщина у крестьянъ поставлена выше, чѣмъ въ другихъ сословіяхъ. Такъ, за отсутствіемъ или смертью мужей жены участвуютъ за нихъ на сходахъ съ правомъ голоса. Онѣ исполняютъ также обязанности сотскихъ, десятскихъ и т. под. и участвуютъ въ отправленіи натуральныхъ повинностей; но все это результатъ не какого-нибудь представленія о равноправности половъ, а послѣдствіе экономической необходимости, особенно при отлучкахъ мужчинъ на промыслы [1]). Точно также и невыгодныя стороны положенія женщинъ въ семьѣ обусловливаются гораздо менѣе абстрактнымъ представленіемъ о безусловномъ превосходствѣ мужчинъ, чѣмъ хозяйственными условіями, какъ замѣчено прежде. За то положительно невѣрно, будто женщина ничѣмъ не ограждена отъ насилія въ народномъ быту; мы видѣли, что напечатанныя рѣшенія волостныхъ судовъ приводятъ въ значительномъ большинствѣ случаевъ къ противоположному выводу: насколько возможно по условіямъ крестьянскаго быта волостной судъ даетъ возможность судебной защиты правъ женщины.

Смѣшеніе гражданскихъ дѣлъ съ уголовными никакъ нельзя признать общимъ явленіемъ въ практикѣ волостнаго суда, но особенность народныхъ воззрѣній на преступленіе обусловливаетъ такое смѣшеніе въ нѣкотораго рода дѣлахъ. Въ виду того однакожъ, что различіе между уголовной и гражданской неправдой далеко не всегда и вездѣ одинаково, нельзя поставить этого обстоятельства въ вину волостному суду. Смѣшеніе судебныхъ функцій съ административными тоже не составляетъ особеннаго

[1]) Тамъ же, стр. 196, 217, 275.

недостатка волостнаго суда. Мы видѣли, что и мировой судъ не безъ основанія упрекаютъ въ томъ, что онъ, въ отличіе отъ англійскаго, имѣетъ чрезъ-чуръ исключительный судебный характеръ. Не нужно забывать, что строгое разграниченіе судебной власти отъ административной, будучи благодѣяніемъ при нѣкоторыхъ, довольно сложныхъ условіяхъ общественной жизни, неосуществимо и вредно при болѣе простыхъ формахъ общественности, въ родѣ той, какую переживаетъ теперь наше крестьянство. Въ какой степени невѣрно мнѣніе г. К. Н. Ж. о практическомъ значеніи ст. 130 уст. гр. суд. достаточно ясно изъ того, что сказано было выше объ этомъ законѣ. Распространить правила его и на волостной судъ значитъ поставить себѣ задачей—превратить примѣненіе обычая и тамъ въ такую же мертвую букву, какъ и на мировомъ судѣ. Нельзя безъ улыбки слышать о предложеніи собирать народные обычаи изъ рѣшеній, постановленныхъ мировыми судьями по ст. 130: долго придется ждать подобнаго рода сборниковъ при той снисходительности къ обычному праву, которую обнаруживаютъ до сихъ поръ кассаціонный сенатъ и мировые судьи! Мнѣніе, будто вопросъ объ обычномъ правѣ вполнѣ разрѣшается ст. 130, не требуетъ опроверженія въ виду указаннаго выше безспорнаго факта, что ст. 130 остается безъ всякаго примѣненія на практикѣ, отчасти вслѣдствіе собственныхъ ея недостатковъ. Упрекъ въ томъ, что волостной судъ стремится разрѣшить каждое дѣло по конкретнымъ его особенностямъ, фактически вѣренъ, но въ своемъ мѣстѣ было указано, насколько здѣсь можно видѣть дѣйствительный недостатокъ и притомъ свойственный исключительно волостному суду.

Вообще разсужденія г. К. Н. Ж. дышатъ особенной юридической нетерпимостью, такъ-сказать. Онъ представитель весьма многочисленнаго класса людей, которыхъ можно назвать фанатиками свода и судебныхъ уставовъ. Для нихъ теперешняя организація нашихъ общихъ судовъ представляется едино-спасающей правовой системой, безусловно хорошей вездѣ и всегда. Но этотъ фанатизмъ, какъ всякій другой, составляетъ плотъ недомыслія и незнанія. Всѣ институты и понятія права имѣютъ только относительную цѣнность и начала судебныхъ уставовъ могутъ оказаться столь же вредными въ строгомъ примѣненіи къ народному быту, какъ бывшія расправы вѣдомства государственныхъ имуществъ. Все хорошо въ свое время и на своемъ мѣстѣ. Да и

сами по себѣ не всѣ правила судебныхъ уставовъ безусловно хороши и цѣлесообразны. Мы видѣли, какими существенными недостатками страдаетъ уставъ о наказаніяхъ. Ст. 130 уст. гр. суд., какъ важное нововведеніе судебныхъ уставовъ, въ глазахъ г. К. Н. Ж. есть верхъ законодательной мудрости; но опытъ показываетъ, что законъ этотъ вовсе не достигъ своей цѣли и нуждается въ преобразованіи.

Мировой судья В—нъ въ статьѣ, составляющей своего рода oratio pro domo, разсуждаетъ слѣдующимъ образомъ. Необходимо вовсе уничтожить волостной судъ и передать крестьянскія дѣла мировому суду. Вѣдь разбираетъ же послѣдній всѣ дѣла мѣщанъ, которые по понятіямъ и роду жизни ничѣмъ не отличаются обыкновенно отъ крестьянъ. Онъ разбираетъ также дѣла крестьянъ на сумму болѣе 100 руб., а дѣла эти по юридическому свойству своему не отличаются отъ дѣлъ меньшей цѣнности. Дѣла по договорамъ очень несложны у крестьянъ: исполненіе условленнаго составляетъ все ихъ содержаніе: тутъ мировой судья не можетъ встрѣтить затрудненія или надобности въ знаніи обычаевъ. Въ дѣлахъ о наслѣдствѣ обычаи, правда, очень не похожи на правила свода; но во 1) разбираетъ же мировой судья дѣла мѣщанъ, у которыхъ тѣже обычаи, что у крестьянъ; во 2) лучше измѣнить самый законъ о наслѣдствѣ и привести его въ согласіе съ обычаями, чѣмъ удерживать особый разрядъ судовъ вслѣдствіе разногласія между обычаемъ и закономъ [1]). Разсужденіе это можетъ служить образцомъ канцелярски поверхностнаго разрѣшенія самыхъ сложныхъ вопросовъ. То обстоятельство, что мировой судъ разбираетъ дѣла мѣщанъ, указываетъ конечно на ненормальность существующаго порядка, и изъ него слѣдуетъ только то, что желательно придать обычному праву больше примѣненія и въ дѣлахъ лицъ не-крестьянскаго сословія, а не наоборотъ что нужно лишить и крестьянъ благодѣяній положеній 19 февраля. Дѣйствительно, ничѣмъ нельзя оправдать того, что крестьянинъ имѣетъ возможность жить и судиться по своему обычаю, хотя только въ извѣстныхъ предѣлахъ; но, записавшись въ мѣщане и оставаясь тѣмъ же земледѣльцемъ, съ тѣми же понятіями и обычаями, онъ вынужденъ уже обращаться къ другому суду и подчиняться дѣйствію законовъ, ему неизвѣстныхъ и составленныхъ для лицъ другаго со-

---

[1]) Журн. Гр. и Уг. Пр. 1874, кн. 3, стр. 159.

стоянія и образа жизни (какъ это, напр., имѣетъ мѣсто въ правилахъ свода о наслѣдованіи, извлеченныхъ изъ указовъ о дворянской служилой собственности). Но очевидно нелѣпо возвести такую аномалію въ общее правило и, ради внѣшняго единообразія, подчинить все сельское населеніе дѣйствію свода, тогда какъ желательна и возможна только реформа въ противоположномъ направленіи. Самъ законодатель очевидно сознавалъ это, когда въ ст. 130 уст. гр. суд. онъ предоставилъ мировому суду возможность примѣнять обычаи въ дѣлахъ лицъ всѣхъ состояній. Но если опытъ доказалъ, что отъ мировыхъ судей въ этомъ отношеніи ждать нечего, если крестьяне вездѣ показываютъ, что они никогда не слыхали, чтобъ мировой судья примѣнялся къ ихъ обычаямъ [1]), то это подтверждаетъ только разумность существованія особыхъ судовъ, гарантирующихъ если не всему, то по крайней мѣрѣ значительной части населенія, живущаго по обычному праву, возможность доискаться „правды по закону святу, ее же принесли отцы наши". Ограниченіе юрисдикціи волостнаго суда дѣлами цѣнностью ниже 100 руб. тоже есть только необходимое неудобство, такъ какъ казалось опаснымъ предоставить окончательному суду бѣдныхъ и необразованныхъ людей дѣла большей (по крестьянскому быту) цѣнности; но какъ всякое, вынужденное практическими условіями отступленіе отъ принципа, оно ничего не говоритъ противъ самаго принципа. Желательно лишь, чтобъ тяжущимся въ волостномъ судѣ даны были такія гарантіи, которыя дали бы возможность безъ опасенія подчинить этому суду и дѣла большей цѣнности; но никоимъ образомъ нельзя изъ существующаго пока ограниченія вывести, что изъятіе должно поглотить общее правило, и всѣ крестьянскія дѣла должны быть подчинены мировому суду. Измѣнить самый законъ о наслѣдованіи, какъ говоритъ г. В—въ, конечно желательно, но задача эта принадлежитъ къ самымъ труднымъ въ области гражданскаго права и законодательство объ этомъ пока вовсе и не помышляетъ. Вопросъ же о волостномъ судѣ стоитъ на очереди теперь, и безполезно разсуждать о томъ, что было бы „кабы да дабы". Что дѣла о договорахъ у крестьянъ весьма просты и не требуютъ знанія обычаевъ—это грубое заблужденіе. Какъ мы видѣли въ своемъ мѣстѣ, нѣтъ почти ни одного вопроса договорнаго права, въ которомъ практика во-

---

[1]) Журн. Гр. и Уг. Пр. 1874, кн. 3, стр. 159

лостнаго суда, основанная на обычаѣ, сходилась бы съ правилами свода, и при этомъ нормы обычнаго права и сами по себѣ и еще болѣе въ примѣненіи къ условіямъ крестьянскаго быта превосходятъ правила закона.

Нужно замѣтить, что весьма многіе мировые судьи давно лелѣютъ мысль о передачѣ въ ихъ вѣдѣніе всѣхъ крестьянскихъ дѣлъ. Такъ въ представленныхъ предсѣдателемъ московскаго мироваго съѣзда въ министерство юстиціи соображеніяхъ о неудобствахъ въ практическомъ примѣненіи судебныхъ уставовъ высказано между прочимъ, что если вообще дальнѣйшее существованіе волостныхъ судовъ признано будетъ нужнымъ, то нужно по крайней мѣрѣ изъять изъ вѣдѣнія ихъ всѣ гражданскія и уголовныя дѣла, если обвиняемый или отвѣтчикъ принадлежитъ къ другой волости; дѣла же о кражахъ и мошенничествахъ вовсе изъять изъ ихъ вѣдѣнія и передать мировымъ судьямъ. Московское уѣздное земское собраніе въ 1869 г., вполнѣ раздѣляя указанное мнѣніе, постановило: ходатайствовать о томъ чрезъ министерство внутреннихъ дѣлъ [1]). Послѣ всего сказаннаго прежде о коренномъ разладѣ между обычнымъ и оффиціальнымъ правомъ нѣтъ надобности настаивать на томъ, въ какой степени было бы вредно осуществленіе подобной реформы. Правда, у насъ есть люди, которые читали труды коммисіи и все-таки утверждаютъ, что рѣшенія волостныхъ судовъ по гражданскимъ дѣламъ не многимъ чѣмъ отличаются отъ общаго судопроизводства по этимъ дѣламъ [2]). Но читатель видитъ уже, что это одно изъ тѣхъ диковинныхъ мнѣній по нашему предмету, которыя обличаютъ полное незнакомство съ дѣломъ.

О томъ, какъ народъ самъ смотритъ на мировой судъ, могутъ свидѣтельствовать слѣдующія данныя. У мироваго, показали крестьяне одной волости, не желаемъ судиться, потому что онъ—начальство (III, 211). Нельзя дать истцу право обращаться по усмотрѣнію къ мировому судьѣ, ибо это было бы несправедливымъ стѣсненіемъ отвѣтчика и могло бы исказить обычный порядокъ наслѣдованія и раздѣловъ (III, 288). „Здѣсь лучше чѣмъ у мироваго: безпокойства и ходьбы меньше, а тиранство все одно, что здѣсь, что тамъ“ (I, 15). Хотя бываютъ злоупотребленія въ во-

---

[1]) См. извлеченіе въ Вятскихъ губ. вѣдом. 1872 г., № 8 (юрид. отдѣлъ).

[2]) Крестьянскій судъ (От. Зап. 1874 г., кн. 1) стр. 218.

лостномъ судѣ, но и у мироваго судьи, если не дашь письмоводителю, ничего не добьешься (VI, 96). Судомъ своимъ довольны: „безстрашно и просто" (VI, 646). На волостной судъ жалуются только кляузники. Не слѣдуетъ допускать жалобъ на волостной судъ высшей инстанціи, ибо и безъ того много ходатаевъ подбиваютъ крестьянъ на жалобы, а это для нихъ разорительно (VI, 647).

Г. мировой судья Корякинъ увѣряетъ насъ, будто въ народѣ давно сложилось убѣжденіе, что волостной судъ—судъ продажный, существующій только для богатыхъ и т. д. [1]). Но это положительно опровергается огромнымъ большинствомъ отзывовъ, данныхъ предъ коммисіей. Притомъ, еслибъ это было такъ, то мы видѣли бы болѣе частное обращеніе крестьянъ къ мировому суду. Ст. 31 (п. 3) уст. гр. суд. предоставляетъ крестьянамъ возможность обращаться по взаимному согласію сторонъ къ мировому и по дѣламъ ниже 100 р. А ст. 30 уст. гр суд., какъ призналъ сенатъ, даетъ мировымъ судьямъ право разбирать по совѣсти (стало быть, придерживаясь обычаевъ и нисколько не стѣсняясь предписаніями закона) и дѣла крестьянъ на всякую сумму [2]). При такихъ условіяхъ, еслибъ недовольство волостнымъ судомъ было всеобщее, а мировой судъ хоть сколько-нибудь соотвѣтствовалъ правовымъ понятіямъ народной массы, обращеніе къ мировому суду до сихъ поръ сдѣлало бы уже замѣтные успѣхи въ крестьянскомъ быту. Что же оказывается на дѣлѣ? Нельзя не признать нѣсколько преувеличеннымъ заявленіе одного изъ членовъ коммисіи г. Заруднаго, будто на всемъ пути произведеннаго коммисіей изслѣдованія, отъ дальняго сѣвера до крайняго юга, крестьяне не могли указать ни одного случая добровольнаго обращенія къ мировому судьѣ (т. е. по дѣламъ ниже 100 р.) [3]). Но несомнѣнно, что случаи такого рода крайне рѣдки. Притомъ, гдѣ они встрѣчаются, причина лежитъ не въ особомъ предпочтеніи мироваго суда: крестьяне обращаются къ нему, полагая, что новое на первыхъ порахъ можетъ лучше будетъ (V, 45). Въ указанныхъ выше отзывахъ крестьяне со свойственной имъ мѣткостью выраженія высказали все существенное противъ замѣны волостнаго суда мировымъ. Когда въ газетахъ и земскихъ собраніяхъ критикуютъ дѣятель-

[1]) Суд. Вѣстн. 1872 г. № 70.
[2]) См. Суд. Вѣстн. 1870 г. № 223.
[3]) Журн. Гр. и Уг. Пр. за 1874 г., кн. 3, стр. 159.

ность волостныхъ судовъ и приводятъ примѣры разнаго рода безобразій, то упускаютъ изъ виду одно существенное обстоятельство. Волостной судъ безотвѣтенъ и нападки на него даютъ и земскимъ и другимъ ораторамъ и корреспондентамъ газетъ возможность безнаказанно раскрывать свое гражданское мужество, быть изобличителями неправды и беззаконія безъ всякой опасности для своей особы. Но мировые судьи стоятъ подъ защитой довольно строгихъ законовъ о диффамаціи, оскорбленіи и пр. и пользуются выгодами этихъ законовъ съ рвеніемъ, достойнымъ лучшей участи. Предоставьте печати возможность такъ же свободно критиковать мировыхъ, какъ и волостныхъ судей и тогда только можно будетъ призвать общественное мнѣніе, какъ заслуживающаго вниманія свидѣтеля, о достоинствахъ и недостаткахъ обоихъ видовъ суда. Крестьяне очень хорошо знаютъ тотъ конечный выводъ политической мудрости, что всякое учрежденіе имѣетъ свои существенные недостатки, такъ что при выборѣ между ними слѣдуетъ обращать вниманіе на то, какое изъ нихъ представляетъ сравнительно меньшее зло, а одно указаніе на разные недостатки учрежденія нисколько не говоритъ противъ его существованія. Злоупотребленія бываютъ у мировыхъ судей и на волостномъ судѣ, говорятъ крестьяне, но послѣдній имѣетъ важныя преимущества дешевизны, доступности, простоты, скорости и примѣненія обычнаго права: ничего болѣе убѣдительнаго нельзя сказать въ пользу сохраненія волостнаго суда. Пока мировые судьи à la Травинъ, Росницкій и т. под. составляютъ у насъ явленіе далеко не исключительное, крайне несправедливо кричать о злоупотребленіяхъ волостнаго суда, забывая о томъ, чѣмъ можно замѣнить этотъ судъ въ настоящее время.

Что же слѣдуетъ дѣлать законодательству въ виду поднятаго теперь вопроса о волостныхъ судахъ? Нашъ взглядъ на этотъ вопросъ сводится къ слѣдующему. Необходимо различать вопросъ объ обычаѣ, какъ источникѣ общаго права въ общихъ судахъ для всего населенія, и вопросъ о спеціально народныхъ судахъ для сельскаго населенія. Относительно перваго вопроса едва-ли кто станетъ оспоривать правильность слѣдующихъ положеній. Нѣтъ дѣйствительнаго правосудія тамъ, гдѣ судъ придерживается такихъ правовыхъ началъ, которыя может быть и правильны при извѣстныхъ условіяхъ, но не имѣютъ ничего общаго съ понятіями даннаго общества и часто имъ даже противорѣчатъ. Поэтому не-

обходимо, чтобъ наше законодательство впредь чаще чѣмъ это дѣлалось до сихъ поръ черпало свое содержаніе не изъ теоретическихъ соображеній и западныхъ идей, а изъ народныхъ обычаевъ. Но рядомъ съ этимъ необходимо, чтобъ и обычаи, не вошедшіе въ законъ, имѣли доступъ въ практику общихъ и притомъ всѣхъ безъ различія судовъ, насколько они не противорѣчатъ закону, какъ это допускается болѣе или менѣе всѣми иностранными законодательствами. Довольно странно въ самомъ дѣлѣ, что въ то время, какъ ни одинъ изъ европейскихъ кодексовъ не сложился такъ независимо отъ народныхъ обычаевъ, какъ русскій, и слѣдовательно ни одинъ не нуждается въ такой степени въ обычаѣ какъ въ коррективѣ оффиціальнаго права, нашъ сводъ менѣе всѣхъ другихъ кодексовъ допускаетъ примѣненіе обычая на судѣ. Ст. 130 уст. гр. суд. представляетъ первую попытку общаго признанія обычнаго права нашимъ закономъ, но мы видѣли какъ отчасти самый законъ затрудняетъ до невозможности свое исполненіе. Къ этому нужно прибавить его половинчатость, именно недопущеніе обычая въ практику общихъ (не-мировыхъ) судебныхъ учрежденій. Нелогичность этого различія ясна сама по себѣ въ виду однородности дѣлъ подсудныхъ мировымъ и общимъ судамъ. Отсюда вытекаетъ также невозможность примѣненія обычая мировыми судьями въ виду тѣхъ легальныхъ оснований, которыми разрѣшается данный вопросъ въ общихъ судахъ. Притомъ отъ большаго юридическаго образованія коронныхъ судей можно ожидать если не вездѣ, то въ нѣкоторыхъ мѣстахъ большей склонности къ допущенію обычнаго права. Но такъ какъ возможность подобнаго радикальнаго измѣненія духа и содержанія какъ законодательства, такъ и судебной практики предвидится лишь въ довольно отдаленномъ будущемъ, то существованіе отдѣльныхъ судовъ по обычаю представляется пока явленіемъ необходимымъ и весьма цѣлесообразнымъ. Относительно волостнаго суда мы полагаемъ слѣдующее. Не всегда мудрость законодателя проявляется въ радикальномъ измѣненіи сегодня того, что сдѣлано было вчера, какъ у насъ полагаютъ многіе. Мы, къ сожалѣнію, чрезъ-чуръ свыклись съ крайнимъ непостоянствомъ всякаго рода учрежденій и порядковъ. Стоитъ возбудить вопросъ о той или другой реформѣ, указать на тѣ или другіе недостатки даннаго учрежденія и тотчасъ появится фаланга бумажныхъ реформаторовъ, которые, не долго думая, предложатъ: вырвать съ корнемъ все, что было насаждено съ большимъ тру-

домъ, и завести что-нибудь самоновѣйшее, для того, чтобъ чрезъ три дня начать помышлять о новой коммисіи, новыхъ окладахъ, новыхъ проектахъ. Какъ въ теоріи мы рьяные любители исключительно „послѣднихъ словъ науки“, такъ въ практикѣ мы рѣшительные антагонисты гегелевскаго міросозерцанія: „все существующее разумно“ и видимъ все спасеніе въ хаосѣ радикальнѣйшихъ преобразованій. Если сопоставленныя выше данныя имѣютъ сколько нибудь убѣдительности, то нельзя придти къ иному заключенію, кромѣ того, что коренныя измѣненія въ волостномъ судѣ въ настоящее время и нежелательны и неосуществимы. Идея народнаго суда принадлежитъ къ лучшимъ и практически удачнѣйшимъ составнымъ частямъ величайшей и наиболѣе глубоко продуманной изъ реформъ настоящаго царствованія. Это не мѣшаетъ однакожъ признанію того, что относящаяся сюда часть положенія страдаетъ существенными недостатками. Мы указали въ самомъ началѣ на нѣкоторые изъ этихъ недостатковъ, приведшіе на практикѣ къ многочисленнымъ недоумѣніямъ, разнорѣчіямъ и неправильнымъ толкованіямъ, исказившимъ въ этомъ отношеніи общій духъ положенія. Поэтому желательно, во-первыхъ, чтобъ правила о волостномъ судѣ получили болѣе правильную форму, для устраненія указанныхъ опытомъ затрудненій. Важнѣе всего въ этомъ отношеніи болѣе подробное и ясное изложеніе правила ст. 38 общ. пол. въ томъ смыслѣ, что наслѣдственныя дѣла крестьянъ (особенно въ предѣлахъ надѣла) подлежатъ исключительно обычному праву и волостному суду, причемъ обычный порядокъ долженъ имѣть силу и въ глазахъ общихъ судей (вопросъ о составленіи завѣщаній, утвержденій въ правахъ наслѣдства, охраненіи наслѣдствъ и пр.). Во вторыхъ, необходимо, чтобъ порядокъ производства дѣлъ на волостномъ судѣ былъ болѣе подробно указанъ въ законѣ примѣнительно, конечно, къ характеру этого суда. Практика даетъ уже относительно этого много полезныхъ указаній. Напр. волостной судъ допускаетъ иногда письменное изложеніе свидѣтельскихъ показаній и основываетъ на немъ свое рѣшеніе (I, 118). Губернскія присутствія не безъ основаній кассируютъ подобныя рѣшенія (VI, прилож. къ стр. 326. № 2); но желательно, чтобъ въ законѣ опредѣлительно указана была необходимость устнаго допроса свидѣтелей на судѣ въ присутствіи вызванныхъ сторонъ. Бываетъ, что волостной судъ присуждаетъ больше требованій истца (II, 647) и что онъ отмѣняетъ свое рѣшеніе вслѣд-

ствіе представленныхъ новыхъ доказательствъ (VI, 81); эти и имъ подобныя, впрочемъ не очень частыя, нарушенія основныхъ началъ процесса могутъ быть предупреждены правилами закона, которыя, будучи изложены въ особомъ небольшомъ уставѣ простымъ языкомъ, безъ труда могли бы быть усвоены волостными судьями и предупреждали бы во многихъ случаяхъ неправильныя рѣшенія. Въ этомъ смыслѣ понятно желаніе, заявленное крестьянами одной волости, чтобъ волостному суду законъ вышелъ (IV, 144). По смыслу ст. 15 закона 27 іюня 1874 г. объ измѣненіяхъ въ устройствѣ мѣстныхъ учрежденій по крестьянскимъ дѣламъ, можно полагать, что уѣздное присутствіе можетъ само издавать инструкціи и волостнымъ судамъ о порядкѣ производства дѣлъ; но, по многимъ причинамъ, желательно, чтобъ подобная инструкція была составлена законодательнымъ порядкомъ для всей имперіи и лишь наблюденіе за исполненіемъ ея было предоставлено уѣздному присутствію (примѣнительно къ ст. 18 означеннаго закона).

Жалобы на волостной судъ по прежнему должны быть допускаемы только кассаціонныя, если желательно (въ чемъ читатель едвали сомнѣвается теперь) сохранить независимость обычнаго права отъ вліянія чуждыхъ и вредныхъ для него элементовъ. Теперешняя путаница въ понятіяхъ крестьянъ по этому предмету будетъ устранена, когда поводы кассаціи будутъ ясно и точно опредѣлены въ предлагаемомъ уставѣ или инструкціи. Въ качествѣ кассаціонной инстанціи желательно видѣть съѣздъ мировыхъ судей, представляющій во всякомъ случаѣ больше гарантіи безпристрастнаго отношенія къ волостнымъ судамъ, чѣмъ бывшіе съѣзды мировыхъ посредниковъ. Это, повидимому, имѣется уже въ виду правительствомъ: въ соображеніяхъ къ закону 27 іюня 1874 г. читаемъ, что признано нужнымъ „не передавать до времени этого предмета (жалобъ на волостные суды) мировымъ судебнымъ установленіямъ“.

Важнѣе всего однакожъ и теперь, какъ и прежде, добросовѣстное и безъ предубѣжденій отношеніе къ дѣятельности волостнаго суда со стороны надзирающихъ учрежденій (уѣздныхъ и губернскихъ присутствій); законъ въ этомъ отношеніи безсиленъ, но возлагать на одни волостные суды отвѣтственность за злоупотребленія и упущенія, происходящія въ значительной мѣрѣ по винѣ надзирающей администраціи, и несправедливо и отнимаетъ

возможность правильной постановки и разрѣшенія вопроса о народномъ судѣ.

Нечего и говорить о томъ, что существенныя измѣненія въ самомъ устройствѣ волостныхъ судовъ (устройство апелляціонной инстанціи подъ предсѣдательствомъ мироваго судьи, допущеніе мировыхъ судей или лицъ другихъ состояній вообще въ волостные суды и т. под. проекты), по нашему мнѣнію, были бы такъ же вредны, какъ и самая отмѣна ихъ: слишкомъ глубока еще пропасть, отдѣляющая высшія сословія отъ низшихъ относительно правовыхъ воззрѣній, слишкомъ сильно еще различіе между оффиціальнымъ и обычно правовымъ бытомъ, для того, чтобъ можно было допускать подобнаго рода прямое вліяніе оффиціальнаго права на народный бытъ, не опасаясь за послѣдствія въ родѣ тѣхъ, къ которымъ привело рвеніе цивилизаторовъ-англичанъ въ Индіи. Всѣ преобразованія этого рода суть замаскированная отмѣна волостнаго суда, за что народъ, безъ сомнѣнія, не будетъ благодаренъ либеральнымъ реформаторамъ. Есть однакожъ одинъ весьма важный пунктъ, гдѣ прямое законодательное вмѣшательство въ обычно-правовой бытъ не только желательно, но рѣшительно необходимо. Мы говоримъ о круговой порукѣ и отчасти теперешней формѣ общиннаго землевладѣнія. Мы видѣли въ разныхъ мѣстахъ, какъ начало круговой поруки вредно вліяетъ на правосудіе въ крестьянскомъ быту. Оно парализуетъ уголовную юрисдикцію волостнаго суда, ибо заставляетъ снисходительно относиться къ преступникамъ изъ опасенія, что наказаніе сдѣлаетъ ихъ неисправными плательщиками податей и обременитъ міръ отвѣтственностью за нихъ. Оно мѣшаетъ гражданскому процессу имѣть правильный ходъ вслѣдствіе опасенія, что взысканіе съ отвѣтчика или принужденіе его къ исполненію договора повліяетъ на его платежныя силы и обременитъ однообщественниковъ, къ которымъ часто принадлежатъ сами судьи. Почти нѣтъ дѣла въ практикѣ волостнаго суда, гдѣ онъ могъ бы руководствоваться исключительно правовыми соображеніями; вездѣ главную роль играютъ финансово-общинныя, совершенно постороннія соображенія, мѣшающія дѣлу правосудія. Часто сами судьи, какъ члены того или другаго міра, связанные круговой порукой съ тяжущимися, непосредственно заинтересованы въ рѣшеніи дѣла въ извѣстномъ смыслѣ. Отсюда также разрядъ дѣлъ о наказаніи волостнымъ судомъ, неплательщиковъ податей безъ всякаго закон-

наго основанія. Давленіе міра съ его податными интересами на каждомъ шагу парализуетъ дѣятельность волостнаго суда. Такъ, мы привели свидѣтельство г. Гильдебрандта о томъ, какъ въ одной мѣстности волостной судъ рѣшительно отстаивалъ, согласно справедливости, интересы семействъ, какъ владѣльцевъ рекрутскихъ квитанцій, противъ незаконныхъ притязаній обществъ. Но г. Лугининъ свидѣтельствуетъ, что въ другой мѣстности дѣло шло наоборотъ. Сознавая, что квитанція по праву принадлежитъ той или другой семьѣ, волостные суды присуждали ихъ однакожъ въ пользу обществъ только потому, что идти противъ міра они (судьи) не въ силахъ [1]).

Можно доказать (вопросъ этотъ затронутъ нами въ другомъ мѣстѣ), что принципъ круговой поруки и вообще солидарности получилъ такое огромное развитіе въ теперешней формѣ у крестьянъ не вслѣдствіе правовыхъ понятій самаго народа, а былъ навязанъ ему извнѣ, въ интересахъ правительства, промышленниковъ-предпринимателей и помѣщиковъ. Какимъ образомъ круговая порука введена и поддерживается въ интересахъ казны (по отбыванію повинностей) и промышленниковъ (какъ нанимателей артелей) отчасти общеизвѣстно, отчасти указано выше. Относительно вліянія крѣпостнаго права укажемъ на слѣдующее. Очень вѣроятно, какъ замѣчаетъ г. Лугининъ, что общинное землевладѣніе (прибавимъ: въ нынѣшнемъ его видѣ) получило свои настоящіе общирные размѣры подъ вліяніемъ помѣщиковъ и администраціи, дѣйствовавшихъ изъ финансовыхъ цѣлей. Крестьянинъ расчищалъ лѣсной участокъ, передавалъ его по наслѣдству, отчуждалъ. Земельное владѣніе съ теченіемъ времени сосредоточивалось въ немногихъ рукахъ вслѣдствіе разныхъ причинъ: одни имѣли много земли и скота, другіе мало. Но помѣщику выгодно было, чтобъ всѣ крестьяне были исправны и со средствами, а не то, чтобъ одни были богаты, а другіе бѣдны; поэтому онъ отбиралъ землю у зажиточныхъ и отдавалъ міру на передѣлъ. Такъ повсемѣстно укоренилась система передѣловъ. Въ личной жизни крестьянъ помѣщику тоже выгодно было отрицаніе всякой индивидуальности у нихъ. Такимъ образомъ, онъ устраивалъ браки между своими крестьянами въ видахъ поддержанія хозяйственной исправности ихъ. Бѣдный вдовецъ съ дѣтьми не находилъ женщины, которая

[1]) Волостные суды—Русскій Вѣстникъ 1864 г., кн. 3 стр. 391.

добровольно вышла бы за него; онъ обращался къ помѣщику и тотъ, соображая необходимость жены для исправности носителя въ отбываніи повинностей, устраивалъ бракъ по своему усмотрѣнію [1]). Круговая порука, какъ отрицаніе основнаго начала права, что всякій отвѣчаетъ лишь за свои дѣйствія и пользуется плодами своего труда. очевидно находится съ тѣснѣйшей связи съ этими явленіями крѣпостнаго права, тоже установлявшими насильственную солидарность между крестьянами во имя посторонних интересовъ. Пока не будетъ уничтожена круговая порука нельзя сказать, что крѣпостное право, т.-е. отрицаніе личной свободы крестьянина для выгодъ другаго лица, перестало существовать даже de jure (de facto оно можетъ быть результатомъ экономическихъ условій при самомъ либеральномъ законодательствѣ). Круговая порука служитъ препятствіемъ къ правильному развитію народнаго суда еще въ слѣдующихъ двухъ отношеніяхъ. Несомнѣнно желательно, чтобъ волостные суды были хорошо вознаграждаемы за свою службу; тогда они не тяготились бы ею, лучшіе люди не избѣгали бы выборовъ на эту должность и народъ относился бы съ большимъ уваженіемъ къ судьямъ. Но теперь этому препятствуетъ круговая порука, которая нерѣдко можетъ привести къ тому, что сами судьи должны будутъ платить себѣ жалованье. Недаромъ мы слышимъ теперь такое заявленіе: къ чему намъ жалованье, говорятъ судьи, сами съ себя будемъ брать его (V, 20).

Несравненно важнѣе слѣдующее обстоятельство. Однимъ изъ главныхъ и повсемѣстныхъ недостатковъ волостнаго суда слѣдуетъ признать то, что онъ, вопреки закону, вездѣ находится подъ рѣшительнымъ вліяніемъ волостнаго старшины. Энергическій надзоръ контролирующихъ учрежденій и ясныя предписанія закона могутъ до нѣкоторой степени ослабить это зло, но искоренить его невозможно, пока существуетъ круговая порука и вообще теперешній строй мірскихъ отношеній, Положимъ, говоритъ г. Лугининъ, что въ такой-то статьѣ положенія высказана независимость судьи отъ старшины; но вѣдь судья членъ хозяйственной общины, а какой законъ ограждаетъ его отъ произвола міра? На него могутъ безнаказанно наложить лишнихъ полтягла, наложить платежъ лишняго десятка рублей по круговой порукѣ за недоим-

[1]) Тамъ же, стр. 386.

щиковъ; на это всегда станетъ вліянія старшины. До борьбы между волостнымъ старшиной и судьями, впрочемъ, дѣло не доходитъ, а послѣдніе являются вездѣ покорнѣйшими слугами перваго [1]. Такимъ образомъ, куда ни обернемся, вездѣ практика указываетъ на одинъ и тотъ же выводъ: при круговой порукѣ правильная дѣятельность народнаго суда невозможна. Какъ въ Америкѣ общинная и политическая автономія вредно вліяетъ на правосудіе, такъ и въ нашихъ архаическихъ республикахъ, общинахъ, съ искусственно навязанной имъ извнѣ системой круговой поруки и передѣловъ безпристрастный и независимый судъ, при дѣйствующихъ условіяхъ, невозможенъ. Поэтому отмѣна круговой поруки необходима не только по экономическимъ соображеніямъ (до которыхъ намъ здѣсь нѣтъ дѣла), но и какъ conditio sine qua non правосудія въ крестьянскомъ быту.

Есть множество другихъ условій уже не-юридическаго свойства, относительно которыхъ существующій порядокъ требуетъ коренныхъ измѣненій въ видахъ благосостоянія сельскаго населенія вообще и въ частности для достиженія болѣе успѣшной дѣятельности народнаго суда. Между ними главное мѣсто занимаетъ реформа податной системы. При нынѣшней системѣ обремененія крестьянъ чрезмѣрными налогами невозможно то довѣріе и уваженіе населенія къ своему суду и начальству, безъ которыхъ ни одно учрежденіе не можетъ принести дѣйствительной пользы. Крестьяне смотрятъ на свои учрежденія главнымъ образомъ, какъ на новый, болѣе стѣснительный порядокъ взысканія податей, повинностей и оброковъ. Это объясняетъ равнодушіе, даже непріязненныя отношенія крестьянъ къ выборнымъ органамъ своего самоуправленія [2]. Притомъ, если бѣдность крестьянства, происходящая главнымъ образомъ отъ чрезмѣрнаго обремененія налогами, вредно вліяетъ, какъ указалъ опытъ, и на нашъ судъ присяжныхъ, вынуждая присяжныхъ крестьянъ видѣть въ привлеченіи ихъ къ суду общественной совѣсти одну тягость и затѣмъ прибѣгать для прокормленія себя къ попрошайничеству и даже взяточничеству, то ясно, что сходныя явленія въ дѣятельности волостнаго суда неизбѣжны и извинительны при теперешнемъ порядкѣ вещей.

---

[1] Лугининъ, l. c., стр. 391.

[2] Кн. Мещерскій, еще о волостныхъ судахъ (Русскій Вѣстникъ) 1864 г. кн. 6, стр. 768.

Для парализованія вреднаго вліянія волостныхъ писарей въ значительной мѣрѣ можетъ служить предлагаемый нами уставъ для волостныхъ судовъ. При ясномъ и полномъ изложеніи волостные судьи въ состояніи будутъ руководствоваться имъ самостоятельно, не подчиняясь вліянію писаря, неизбѣжному теперь вслѣдствіе разбросанности и неясности узаконеній, обязательныхъ для волостнаго суда (разныхъ статей положенія 1861 г. и сельскаго судебнаго устава, многихъ отдѣльныхъ постановленій и предписаній административныхъ мѣстъ). Главное значеніе здѣсь имѣетъ однакожъ бдительный надзоръ уѣзднаго присутствія, которому законъ даетъ право смѣщенія неблагонадежныхъ волостныхъ писарей (п. 4 ст. 11 закона 27 іюня 1874 г.). Съ другой стороны нѣтъ никакой надобности законодательству вмѣшиваться въ дѣятельность сельскаго суда, насколько она не проявляетъ признаковъ противозаконныхъ дѣйствій, преимущественно насилія противъ личности крестьянъ, напр. для поддержанія разнаго рода устарѣлыхъ и стѣснительныхъ обычаевъ. Пока роль этого суда ограничивается примирительнымъ разбирательствомъ дѣлъ между односельчанами и стороны подчиняются его рѣшеніямъ добровольно, изъ уваженія къ нравственному авторитету обычнаго права и его органовъ (міра, стариковъ, сосѣдей и пр.), нѣтъ никакого основанія препятствовать такой вообще весьма благодѣтельной его дѣятельности. Только попытки принужденія кого-либо подчиняться рѣшенію сельскаго суда должны быть преслѣдуемы закономъ.

Еще одна частность заслуживаетъ, какъ намъ кажется, вниманія законодателя. Въ мѣстностяхъ, гдѣ волости населены смѣшанными въ этнографическомъ отношеніи элементами, предубѣжденіе и вражда между различными группами населенія часто вредно вліяетъ на ходъ правосудія въ волостномъ судѣ. Напр., въ землѣ войска донскаго казаки относятся враждебно ко всѣмъ не-казакамъ, которыхъ они называютъ „русаками". Увѣряютъ, что это обстоятельство вредно вліяетъ на безпристрастіе станичныхъ судовъ (такъ называются тамъ волостные суды) [1]). Въ мѣстностяхъ со смѣшаннымъ мордовско-татарскимъ населеніемъ (самарской губерніи) мордва жаловалась членамъ коммисіи, что волостной судъ находится исключительно въ рукахъ татаръ и дер-

[1]) См. Суд. Вѣстн. 1872 г. № 85.

жить всегда ихъ сторону (см. труды коммисіи, т. VI). Для такихъ мѣстностей можно было бы установить извѣстныя правила о составѣ волостныхъ судовъ такимъ образомъ, чтобъ дать нѣкоторыя гарантіи и тому элементу населенія, который находится въ невыгодномъ положеніи вслѣдствіе малочисленности и пр. Можно также дать сторонамъ право въ случаѣ спора между лицами, принадлежащими къ двумъ враждебнымъ лагерямъ, уклоняться отъ разбирательства въ волостномъ судѣ. Оставить этотъ пунктъ въ теперешнемъ видѣ, кажется, не слѣдуетъ.

Если такимъ образомъ принять всѣ нужныя частныя мѣры для улучшенія организаціи и характера дѣятельности волостнаго суда, а съ другой стороны отмѣнить круговую поруку и измѣнить податную систему (реформы безусловно необходимыя и поставленныя уже на очередь независимо отъ вопроса о волостномъ судѣ), то учрежденіе народнаго суда окажется вполнѣ цѣлесообразнымъ относительно непосредственной своей задачи и важнымъ для развитія народнаго русскаго права. Но и теперь, при всѣхъ своихъ капитальныхъ недостаткахъ, учрежденіе это представляетъ безусловно меньшее зло сравнительно съ подчиненіемъ крестьянства общему суду и общему праву.

ДУХОВНЫЙ СУДЪ И СЕМЕЙНОЕ ПРАВО.

(Писано въ 1872 году).

Духовный судъ и семейное право.

I.

Когда обсуждались у насъ проекты судебныхъ уставовъ признано было необходимымъ, для того чтобы не усложнить и безъ того весьма сложную и трудную задачу общаго преобразованія судебной системы, оставить на время юрисдикцію спеціальныхъ судовъ (коммерческихъ, военныхъ, духовныхъ) на прежнихъ основаніяхъ. Относительно духовныхъ судовъ основанія къ тому, чтобъ оставить ихъ подсудность неприкосновенною, были еще сильнѣе, повидимому, чѣмъ относительно всѣхъ другихъ спеціальныхъ судилищъ. Основная мысль, руководившая при этомъ государственнымъ совѣтомъ, выражена имъ въ слѣдующихъ словахъ: „Хотя изданіе новыхъ постановленій, необходимыхъ по текущимъ дѣламъ церкви, не противно кореннымъ основаніямъ установленнаго въ ней порядка и священнымъ ея преданіямъ, но такъ какъ всякая вновь предпринимаемая законодательная мѣра, къ какому бы предмету духовнаго суда и управленія она ни относилась, должна быть согласна по духу и сущности съ древними вселенскими постановленіями церкви, всегда долженствующими сохранять свою обязательную силу, то отсюда проистекаетъ необходимость въ особенной осторожности при обсужденіи всякаго рода вновь вводимыхъ мѣръ, въ чемъ либо касающихся духовнаго суда и управленія и вообще церковнаго законодательства“ [1]). Этими немногими словами хорошо выяснено отличительное положеніе духовнаго суда въ общей системѣ русскаго правосудія. Всѣ другія судилища подлежатъ неограниченному совершенствованію и видоизмѣненію согласно съ измѣняющимися условіями общественной жизни; въ нихъ нѣтъ

[1]) Мотивы къ ст. 1016 уст. угол. судопр. изд. госуд. канц.

ничего абсолютнаго и неизмѣннаго. Другое дѣло судъ духовный, который можетъ подвергаться реформамъ лишь въ извѣстныхъ предѣлахъ, оставаясь вѣрнымъ нѣкоторымъ основнымъ началамъ, стѣсняющимъ государственную власть въ опредѣленіи круга вѣдомства и характера дѣятельности духовныхъ судовъ.

Вслѣдствіе такого взгляда изъ судебныхъ уставовъ исключены всѣ тѣ правила, которыя относятся собственно къ духовнымъ судамъ, а не свѣтскимъ, тогда какъ въ прежнихъ законахъ судопроизводства это различеніе не соблюдалось строго [1]).

Кромѣ того государственный совѣтъ призналъ необходимымъ, держась строго задачи и содержанія судебныхъ уставовъ, исключить изъ нихъ всѣ тѣ правила, содержащіяся какъ въ прежнихъ процессуальныхъ законахъ, такъ и въ проектѣ судебныхъ уставовъ, которыя имѣютъ характеръ не процессуальный, а матеріальный [2]). Вслѣдствіе этого правила судебные уставы, въ чемъ они касаются судовъ духовныхъ и опредѣленія ихъ отношеній къ общимъ судебнымъ мѣстамъ, не вводятъ ничего существенно новаго. Единственная задача составителей судебныхъ уставовъ заключалась при этомъ въ болѣе точномъ опредѣленіи взаимныхъ отношеній между свѣтскими и духовными судами, чтобы тѣмъ устранить недоумѣнія, возникавшія прежде вслѣдствіе неопредѣленности этихъ отношеній [3]).

Но дѣйствуя такимъ образомъ, составители судебныхъ уставовъ понимали однакожъ всю необходимость согласованія дѣятельности духовныхъ судовъ съ новыми началами, положенными въ основаніе общей судебной организаціи. Нѣкоторые указывали на необходимость немедленно измѣнить дѣйствующія церковно-гражданскія постановленія по семейнымъ дѣламъ въ видахъ послѣдовательнаго примѣненія принциповъ судебной реформы. Это преимущественно было поставлено на видъ коммисіей, выработавшей проекты судебныхъ уставовъ, относительно вопроса о порядкѣ производства дѣлъ о прелюбодѣяніи. По существующимъ законамъ дѣла эти могутъ быть производимы или въ духовныхъ судахъ, гдѣ влекутъ за собой расторженіе брака, осужденіе виновнаго супруга не всегдашнее безбрачіе и заключеніе его въ монастырь,

---

[1]) Мотивы къ ст. 1337—1345 уст. гр. судопр.

[2]) Тамъ же.

[3]) Мотивы къ ст. 1011 уст. угол. суд.

или въ общихъ судахъ, гдѣ послѣдствіемъ признанія факта прелюбодѣянія является уголовное наказаніе при нерасторгаемости брака. Указывали на то, что такое существованіе двухъ отдѣльныхъ и независимыхъ порядковъ преслѣдованія нарушенія супружеской вѣрности, съ совершенно различными послѣдствіями, есть явленіе не нормальное, между прочимъ потому, что отправленія правосудія въ общихъ судахъ будетъ стоять выше судопроизводства въ духовныхъ судахъ, и поэтому необходимо отнести всѣ такого рода дѣла къ вѣдомству общихъ судебныхъ мѣстъ. Св. синодъ высказался, какъ и слѣдовало ожидать, противъ этого предложенія и оно было отвергнуто государственнымъ совѣтомъ [1]). Точно также 12 членовъ коммисіи для составленія проекта судебныхъ уставовъ признали полезнымъ отнести къ вѣдомству общихъ судовъ дѣла о недѣйствительности браковъ, по неспособности одного изъ супруговъ къ брачному сожитію. Они находили, что удостовѣреніе въ неспособности къ брачному сожитію можетъ быть гораздо удобнѣе производимо свѣтскими судами, которые передадутъ дѣло въ духовный судъ для постановленія опредѣленія о недѣйствительности брака. Но синодъ энергически возсталъ противъ этого нововведенія и оно было отвергнуто.

Такимъ же образомъ св. синодъ возсталъ противъ ст. 23 проекта уст. угол. суд. (ст. 29 уст. угол. суд.), въ которой было сказано, что приговоръ суда духовнаго необязателенъ для свѣтскаго суда относительно виновности подсудимыхъ. Синодъ нашелъ, что это правило можетъ поколебать въ народѣ уваженіе къ духовнымъ судамъ и повлечь за собой многія тягостныя послѣдствія въ семейной жизни. Вслѣдствіе этого, важный принципъ ст. 23 былъ вычеркнутъ въ отношеніи духовныхъ судовъ изъ устава.

Далѣе коммисія, выработавшая проектъ судебныхъ уставовъ, сознавала отчасти ту тѣсную внутреннюю связь, которая существуетъ между процессуальнымъ и матеріальнымъ правомъ, и потому она внесла въ свой проектъ нѣкоторыя правила, касающіяся матеріальнаго брачнаго права; правила эти не вошли впрочемъ въ уставы [2]).

Такимъ образомъ хотя св. синоду удалось удержать statu quo духовнаго суда отъ вліянія судебной реформы, но сколько извѣстно

[1]) Мотивы къ ст. 1016 уст. угол. суд.

[2]) Мотивы къ ст. 1337—1345 уст. гр. суд.

онъ далъ при этомъ обѣщаніе приступить въ скоромъ времени къ изготовленію проекта преобразованія духовнаго суда, такъ какъ необходимость согласованія характера дѣятельности всѣхъ спеціальныхъ судилищъ съ нормальнымъ типомъ общей судебной организаціи по уставамъ 1864 г. сдѣлалась фактомъ очевиднымъ и безспорнымъ.

Къ исполненію этого обѣщанія синодъ приступилъ въ 1870 году. 12 января этого года учрежденъ комитетъ для преобразованія духовно-судебной части при св. синодѣ, а 30 апрѣля 1870 г. комитетъ этотъ началъ свои дѣйствія.

Тогда же было обнародовано полуоффиціальное заявленіе о трудахъ комитета. Изъ него видно, что по мнѣнію комитета главные недостатки существующаго церковнаго суда заключаются въ отсутствіи простой, сокращенной формы производства для неважныхъ дѣлъ, въ письменности и медленности производства, келейности, преобладаніи слѣдственнаго процесса и дисциплинарномъ характерѣ судопроизводства. Комитетъ постановилъ: примѣнить къ духовному суду основныя начала судебныхъ уставовъ 1864 г., ибо историческій опытъ доказываетъ, что церковь всегда брала для своихъ учрежденій формы, усвоенныя гражданскимъ обществомъ; поэтому, духовный судъ въ настоящее время можетъ и долженъ быть организованъ примѣнительно къ общему характеру свѣтскихъ судовъ [1]). Но вмѣстѣ съ тѣмъ въ опредѣленіи св. синода, которымъ учрежденъ былъ комитетъ, указано, что примѣненіе началъ свѣтскихъ судовъ должно быть произведено „насколько это окажется полезнымъ и возможнымъ по свойству, цѣлямъ и потребностямъ духовнаго суда“. Здѣсь стало быть высказана вкратцѣ та мысль, которую, какъ мы видѣли, принялъ во вниманіе государственный совѣтъ при обсужденіи судебныхъ уставовъ: что характеръ и кругъ дѣятельности духовнаго суда не можетъ быть всецѣло измѣненъ въ такой же мѣрѣ, какъ юрисдикція общихъ судовъ, и что въ организаціи духовнаго суда нѣкоторые принципы, хотя и не соотвѣтствующіе требованіямъ правосудія, должны быть удержаны по постороннимъ, весьма вѣскимъ соображеніямъ.

Съ такимъ направленіемъ комитетъ приступилъ къ работамъ. О работахъ этихъ до сихъ поръ нѣтъ никакихъ достовѣрныхъ,

---

[1]) Христіанское чтеніе за декабрь 1871 г., стр. 1031.

оффиціально обнародованныхъ данныхъ. Одно это обстоятельство, если сравнить его съ широкой гласностью, которая дана была работамъ по составленію судебныхъ уставовъ 1864 г., показываетъ, какъ неизмѣримо далеко отстоитъ духовно-судебное преобразованіе отъ своего великаго предшественника. Все что общество знаетъ о трудахъ комитета 12 января основывается на слухахъ, впрочемъ вполнѣ достовѣрныхъ, проникшихъ въ періодическую печать. Проектъ, изготовленный комитетомъ, въ сущности состоитъ въ слѣдующемъ.

Духовный судъ, имѣя въ общихъ чертахъ значительное сходство съ устройствомъ суда свѣтскаго, какимъ онъ является въ уставахъ 20 ноября 1864 года, будетъ состоять изъ трехъ инстанцій: первую составятъ духовные суды, вторую—епархіальный судъ, третью—судебное отдѣленіе св. синода. Духовные судьи, составляющіе единоличную власть въ родѣ мировыхъ судей, будутъ имѣть въ своемъ вѣдѣніи дѣла меньшей важности. Они избираются на три года всѣми священно и церковно-служителями духовно-суднаго участка и утверждаются въ этомъ званіи епархіальнымъ архіереемъ. При каждомъ духовномъ судьѣ состоитъ кандидатъ къ нему, избраніе и утвержденіе котораго подлежитъ тѣмъ же правиламъ, какъ и относительно духовнаго судьи. И въ духовные судьи и въ кандидаты къ нимъ избираются состоящіе въ участкѣ протоіереи или священники, имѣющіе не менѣе 30 лѣтъ отъ роду и не подвергавшіеся такимъ взысканіямъ по суду, которыя служили бы препятствіемъ для выбора. Епархіальные суды предполагаются въ каждой епархіи и будутъ состоять изъ трехъ членовъ и 3 кандидатовъ къ нимъ, избираемыхъ духовенствомъ чрезъ своихъ депутатовъ. Утвержденіе какъ тѣхъ, такъ и другихъ, будетъ зависѣть отъ св. синода, по представленію архіерея. Срокъ службы этихъ лицъ предполагается шестилѣтній. Избранію въ члены епархіальнаго суда подлежатъ: духовные судьи, лица какъ бѣлаго, такъ и монашествующаго духовенства, получившія академическое образованіе и имѣющія священническій санъ, и наконецъ священники, окончившіе семинарскій курсъ со степенью студента, но прослужившіе не менѣе пяти лѣтъ и имѣющіе не менѣе 30 лѣтъ отъ роду. Составъ суднаго отдѣленія св. синода проектируется изъ шести членовъ, въ томъ числѣ четыре архіерея и два священника изъ бѣлаго или чернаго духовенства. Члены назначаются Высочайшею властію. Срокъ на который избираются члены суднаго отдѣленія, пока

неизвѣстенъ, но лица, избранныя въ это званіе, на все время отправленія своихъ обязанностей освобождаются отъ другихъ занятій по своимъ должностямъ. При рѣшеніи дѣлъ въ судномъ отдѣленіи св. синода должно присутствовать не менѣе трехъ членовъ; по дѣламъ лицъ архіерейскаго сана въ составъ суда должно входить не менѣе трехъ архіереевъ. Разбирательство дѣлъ въ духовныхъ судахъ, по примѣру свѣтскихъ, будетъ совершаться не болѣе какъ въ двухъ инстанціяхъ. Такимъ образомъ, жалобы на рѣшенія духовныхъ судей будутъ разсматриваться окончательно въ епархіальномъ судѣ, а апелляціи на приговоры епархіальныхъ судовъ по дѣламъ, вчинаемымъ въ этихъ судахъ, идутъ на окончательное рѣшеніе суднаго отдѣленія св. синода. Наконецъ и на рѣшенія этого отдѣленія могутъ быть подаваемы жалобы по дѣламъ, здѣсь начинающимся. Въ этомъ случаѣ жалоба будетъ разсматриваться въ „соединенномъ присутствіи“ св. синода и суднаго отдѣленія. Духовнымъ судамъ, по примѣру судовъ свѣтскихъ, предоставляются всѣ тѣ гарантіи, которыми обезпечивается правильность судебныхъ рѣшеній. Такъ, въ духовныхъ судахъ получитъ примѣненіе принципъ несмѣняемости судей, гарантирующій независимость судебныхъ приговоровъ. Предсѣдатели и члены епархіальныхъ судовъ, по проекту, не могутъ быть ни увольняемы безъ прошенія, ни переводимы изъ одной мѣстности въ другую безъ ихъ на то согласія. Отрѣшеніе отъ должности возможно только по суду. Духовному суду будетъ предоставлена и другая гарантія правильности судебныхъ рѣшеній, именно — публичность и гласность, за исключеніемъ особыхъ случаевъ, опредѣленныхъ закономъ. Каждое рѣшеніе духовнаго суда будетъ объявляемо публично и отчеты духовныхъ судовъ могутъ быть печатаемы и обсуждаемы гласно на тѣхъ же основаніяхъ, какія приняты въ этомъ отношеніи въ свѣтскомъ судѣ. Высшимъ въ порядкѣ подчиненности судебнымъ мѣстамъ предоставляется надзоръ за низшими, а на оберъ-прокурора св. синода возлагается общій надзоръ за всѣми духовными судами, на тѣхъ же основаніяхъ, на какихъ подобный же надзоръ за свѣтскими судами возложенъ на министра юстиціи [1]).

Проектъ въ этомъ смыслѣ былъ изготовленъ еще въ прошломъ 1871 году. Но онъ не представляетъ собой единственнаго

---

[1]) Тамъ же.

и послѣдняго результата дѣятельности комитета. По свѣдѣніямъ газеты „Голосъ“ [1]) въ настоящее время извѣстны въ комитетѣ два проекта: одинъ, принимаемый за проектъ комитета, другой — за проектъ нѣкоторыхъ его членовъ, представляющихъ, впрочемъ, большинство. Происхожденіе послѣдняго проекта связано съ разрѣшеніемъ коренныхъ вопросовъ, отъ которыхъ зависитъ самая мѣра ожидаемаго улучшенія духовнаго суда. Вопросы эти были предметомъ самыхъ продолжительныхъ и оживленныхъ преній въ комитетѣ, но оставались безъ окончательнаго разрѣшенія до послѣдняго времени. При окончательномъ ихъ разрѣшеніи, чрезъ подачу голосовъ наличными въ засѣданіи членами, члены, оставшіеся при мнѣніи, противномъ принятому комитетомъ, выразили желаніе подать свой особый проектъ. Къ ихъ мнѣнію присоединились отсутствующіе члены и образовали большинство.

Главныя особенности поддерживаемаго большинствомъ проекта, сравнительно съ проектомъ комитета, состоятъ въ томъ, что первый старается иначе понять, выразить и опредѣлить отношенія епархіальнаго архіерея къ суду, признаетъ необходимымъ, въ видахъ большаго огражденія интересовъ правосудія, а равно и болѣе разумнымъ и цѣлесообразнымъ учрежденіе духовно-окружныхъ, вмѣсто епархіальныхъ, судовъ, допускаетъ учрежденіе прокуратуры при духовныхъ судахъ на подобіе существующей при общихъ и въ частности военныхъ судахъ. Въ связи съ этими главными особенностями находятся и другія, второстепенныя, которыя допущены въ этомъ проектѣ сравнительно съ проектомъ комитета лишь настолько, насколько это оказалось необходимымъ для болѣе удовлетворительнаго разрѣшенія основныхъ и главныхъ вопросовъ, отличающихъ одинъ проектъ отъ другаго, или насколько эти особенности вызывались большимъ обезпеченіемъ правосудія на духовномъ судѣ и вмѣстѣ большимъ соотвѣтствіемъ этого суда судамъ государства, безъ противорѣчія, по сознанію составителей, канонамъ церкви. Мы познакомимъ читателей, въ общихъ чертахъ, съ тѣмъ и другимъ проектомъ.

Проектъ комитета предполагаетъ слѣдующія инстанціи духовнаго суда: духовныхъ судей, епархіальные суды и судебное отдѣленіе святѣйшаго синода; на случай пересмотра неокончательно рѣшенныхъ дѣлъ судебнымъ отдѣленіемъ святѣйшаго синода уч-

[1]) № 29 за 1872 г.

реждается общее собраніе обоихъ отдѣленій святѣйшаго синода. Духовные судьи предполагаются въ уѣздахъ по епархіямъ; они избираются въ должность духовенствомъ подвѣдомаго имъ участка и представителями приходовъ, утверждаются въ своемъ званіи епархіальнымъ архіереемъ. Духовные судьи занимаются разборомъ дѣлъ меньшей важности, за которыя, напримѣръ, опредѣляются въ законѣ замѣчанія, выговоры, денежные штрафы и т. п.; по нѣкоторымъ изъ этихъ дѣлъ они полагаютъ рѣшенія окончательныя, по другимъ—жалобы на нихъ приносятся въ епархіальный судъ. Духовные судьи производятъ свой судъ независимо отъ епархіальнаго архіерея и апелляціи на ихъ рѣшенія разсматриваются въ епархіальномъ судѣ также безъ вѣдома архіерея; но духовные судьи и епархіальные суды обязываются доводить до свѣдѣнія архіерея обо всѣхъ рѣшенныхъ дѣлахъ. Духовные судьи, кромѣ суда, занимаются еще производствомъ предварительныхъ слѣдствій, къ которымъ могутъ приступать не только безъ вѣдома архіерея, но и по собственному усмотрѣнію преступленій; предварительное слѣдствіе представляется ими архіерею; въ качествѣ членовъ, духовные судьи могутъ быть приглашаемы въ засѣданія епархіальныхъ судовъ, только не по дѣламъ, которыя прежде разсматривались у нихъ, или по которымъ они производили слѣдствіе. При каждомъ духовномъ судьѣ состоитъ кандидатъ, который, въ случаѣ его болѣзни, отвода и другихъ уважительныхъ причинъ, исполняетъ за него и судейскія и слѣдственныя обязанности.

Епархіальные суды учреждаются въ каждой епархіи и состоятъ изъ предсѣдателя и членовъ пресвитерскаго сана, избираемыхъ духовенствомъ епархіи съ участіемъ представителей земства; они утверждаются въ своемъ званіи, по представленію епархіальнаго архіерея, св. синодомъ. Вѣдомству епархіальныхъ судовъ подлежатъ дѣла, неподсудныя духовнымъ судьямъ, о всѣхъ духовныхъ лицахъ епархіи, къ разбирательству этихъ дѣлъ епархіальные суды приступаютъ не иначе, какъ по обвинительнымъ актамъ, переданнымъ епархіальнымъ архіереемъ; мѣсто архіерея, какъ обвинителя на судѣ, занимаютъ уполномоченныя имъ лица. Судебное разбирательство на епархіальномъ судѣ состоитъ: изъ обвинительной рѣчи уполномоченнаго архіереемъ, изъ защиты подсудимаго или его повѣреннаго, изъ разсмотрѣнія и повѣрки доказательствъ, представленныхъ сторонами. Судъ, постановивъ свой приговоръ, въ копіи сообщаетъ его епархіальному архіерею, который въ двух-

недѣльный срокъ обязанъ утвердить или не утвердить его; въ случаѣ неутвержденія, дѣло по протесту архіерея переносится на пересмотръ въ судебное отдѣленіе святѣйшаго синода. На епархіальнаго архіерея возлагаются прокурорскія обязанности, вмѣстѣ съ правомъ утвержденія или неутвержденія судебныхъ приговоровъ.

Судебное отдѣленіе святѣйшаго синода, кромѣ дѣлъ по отзывамъ и протестамъ, вѣдаетъ всѣ дѣла о лицахъ архіерейскаго сана, главныхъ священникахъ, членахъ синодальныхъ конторъ, настоятеляхъ ставропигіальныхъ монастырей и дѣла о преступленіяхъ противъ административной и судебной должности членовъ духовныхъ консисторій и епархіальныхъ судовъ. Производство слѣдствія обо всѣхъ этихъ лицахъ начинается по распоряженію того начальства, въ ближайшемъ подчиненіи котораго находится подсудимый; слѣдствія производятся особо всякій разъ назначаемыми лицами, принадлежащими къ судебному вѣдомству; преданіе суду и прекращеніе слѣдствія совершается также по постановленіямъ ближайшаго начальства подсудимыхъ. Порядокъ судопроизводства въ судебномъ отдѣленіи предполагается тотъ же, какъ и въ епархіальномъ судѣ; только обязанности обвинителя исполняетъ здѣсь оберъ-прокуроръ св. синода, или уполномоченныя имъ лица. На приговоры судебнаго отдѣленія, постановленные имъ въ качествѣ первой инстанціи, приносятся жалобы и протесты въ общее собраніе обоихъ отдѣленій св. синода.

Общее собраніе обоихъ отдѣленій св. синода, кромѣ дѣлъ по жалобамъ и протестамъ, вѣдаетъ дѣла о членахъ и присутствующихъ св. синода. Общій надзоръ за духовно-судебными установленіями, по этому проекту, принадлежитъ оберъ-прокурору св. синода.

Проектъ большинства, нисколько не измѣняя числа судебныхъ инстанцій, отступаетъ отъ предыдущаго въ организаціи нѣкоторыхъ изъ этихъ инстанцій и ихъ юрисдикціи. Такъ, низшій, или мѣстный въ епархіи судъ по этому проекту принадлежитъ духовнымъ судьямъ и епархіальному архіерею. Этому суду подлежатъ дѣла о проступкахъ всѣхъ духовныхъ лицъ епархіи, которые влекутъ за собою низшіе виды наказаній: замѣчаніе, выговоръ, денежные штрафы, запрещеніе богослуженія на время, подначальное испытаніе въ архіерейскомъ домѣ или монастырѣ, перемѣщеніе съ одного мѣста на другое и удаленіе отъ должности.

Всѣ эти дѣла начинаются и производятся у духовнаго судьи, который рѣшаетъ окончательно только тѣ изъ нихъ, за которыя опредѣляются: замѣчанія, выговоры безъ внесенія въ послужной списокъ и денежные штрафы не свыше трехъ рублей; дѣла же, за которыя опредѣляются денежные штрафы свыше означенной цифры, также двухнедѣльное подначальное испытаніе, представляются духовнымъ судьей, вмѣстѣ съ отзывомъ подсудимыхъ, на окончательное разсмотрѣніе и утвержденіе епархіальнаго архіерея; наконецъ дѣла, за которыя опредѣляются всѣ другія вышепоименованныя наказанія, по представленіи ихъ духовнымъ судьей епархіальному архіерею, переносятся имъ въ духовно-окружной судъ на окончательное рѣшеніе, если архіерей, съ своей стороны, не найдетъ возможнымъ уважить апелляціонный отзывъ подсудимаго.

Духовно-окружной судъ предполагается на нѣсколько епархій, смотря по числу священно-церковно-служителей въ нихъ, количеству судебныхъ дѣлъ и удобствамъ путей сообщенія. Духовно-окружной судъ состоитъ изъ предсѣдателя и членовъ по штату; предсѣдатель долженъ быть въ архіерейскомъ санѣ и опредѣляется, по представленію святѣйшаго синода, Высочайшею властью; въ административныхъ дѣлахъ епархіи онъ не можетъ принимать участія; члены избираются депутатами отъ духовенства и представителями земства въ каждой епархіи, входящей въ составъ духовно-судебнаго округа, изъ лицъ пресвитерскаго сана, получившихъ академическое образованіе; объ избранныхъ епархіальные архіереи сообщаютъ предсѣдателю духовно-окружнаго суда для представленія святѣйшему синоду, который и утверждаетъ ихъ въ должности. При каждомъ духовно-окружномъ судѣ находятся прокуроръ и его помощникъ, назначаемые изъ числа гражданскихъ чиновъ оберъ-прокуроромъ святѣйшаго синода. Вѣдомству духовно-окружныхъ судовъ, кромѣ дѣлъ, переносимыхъ въ нихъ епархіальными архіереями, подлежатъ дѣла о проступкахъ всѣхъ лицъ бѣлаго, монашествующаго, военнаго и придворнаго духовенства, состоящихъ въ ихъ округахъ. Дѣла эти, по постановленіямъ подлежащихъ начальствъ о преданіи обвиняемыхъ суду, передаются къ прокурору духовно-окружнаго суда, который, составивъ обвинительный актъ, вноситъ дѣло въ судъ къ разбирательству. Судебное разбирательство состоитъ изъ обвинительной рѣчи прокурора, изъ защиты, произносимой самимъ обвиняемымъ,

или его защитникомъ, и изъ взаимныхъ возраженій сторонъ. Приговоры духовно-окружныхъ судовъ, по подписаніи ихъ всѣми членами суда, объявляются подсудимымъ и могутъ быть обжалованы ими или опротестованы прокуроромъ въ узаконенный срокъ, считая со дня ихъ объявленія; жалобы и протесты приносятся въ судебное отдѣленіе святѣйшаго синода. Судебное отдѣленіе св. синода кромѣ дѣлъ по жалобамъ и протестамъ на приговоры духовно-окружныхъ судовъ, вѣдаетъ дѣла о лицахъ архіерейскаго сана, главныхъ священникахъ и членахъ синодальныхъ конторъ. При судебномъ отдѣленіи также состоитъ прокуроръ, опредѣляемый по представленію оберъ-прокурора святѣйшаго синода Высочайшимъ именнымъ указомъ. Прокуроры при духовныхъ судахъ исполняютъ вообще тѣ же обязанности, которыя возлагаются на нихъ и въ судахъ свѣтскихъ.

Довольно одного поверхностнаго взгляда на проектъ, выработанный комитетомъ, чтобъ убѣдиться въ томъ, какими существенными недостатками онъ страдаетъ. Дѣйствительно, важнѣйшее основаніе судебной реформы 1864 г. и вмѣстѣ съ тѣмъ главное условіе правильнаго хода всякаго правосудія составляетъ отдѣленіе судебной власти отъ административной и независимость первой отъ второй. Понятно, что для духовнаго вѣдомства точное разграниченіе предѣловъ власти и круга дѣятельности суда и администраціи столь же существенно необходимо, какъ и во всѣхъ другихъ сферахъ общественной жизни. Мало того: въ духовномъ вѣдомствѣ независимость суда желательнѣе, чѣмъ гдѣ бы то ни было, ибо нигдѣ административная власть не вооружена такимъ всемогуществомъ, не привыкла къ такому безконтрольному, очень часто произвольному образу дѣйствій, какъ именно въ этомъ вѣдомствѣ; поэтому независимость суда здѣсь умѣстнѣе, чѣмъ гдѣ либо. Что жъ мы видимъ въ проектѣ комитета? Нѣкоторая независимость предоставляется въ немъ de jure только низшей инстанціи духовнаго суда, такъ называемымъ духовнымъ судьямъ; но такъ какъ послѣдніе, по низшему своему іерархическому положенію и по способу назначенія (они утверждаются въ должности архіереемъ) находятся въ полной зависимости отъ епархіальнаго начальства, то предоставленная имъ самостоятельность на практикѣ будетъ только призрачная. Что же касается второй инстанціи епархіальныхъ судовъ, то они косвеннымъ образомъ поставлены въ полную зависимость отъ епархіальныхъ

начальниковъ тѣмъ обстоятельствомъ, что послѣдніе, по проекту комитета, являются органами прокурорской власти, представителями обвиненія на епархіальномъ судѣ. Такъ какъ по проекту члены епархіальныхъ судовъ утверждаются св. синодомъ по представленіямъ архіереевъ, то послѣдніе, разумѣется, въ качествѣ обвинителей, будутъ производить сильнѣйшее давленіе на судей, при ихъ посредствѣ назначенныхъ, не говоря уже о многихъ другихъ путяхъ, которыми давленіе это можетъ быть производимо при существующемъ положеніи дѣлъ въ нашемъ духовномъ вѣдомствѣ. Затѣмъ, въ случаѣ несогласія архіерея съ приговоромъ епархіальнаго суда и переноса имъ дѣла въ судное отдѣленіе св. синода, онъ всегда можетъ преимущественно разсчитывать на выигрышъ дѣла въ синодѣ, гдѣ судъ составленъ тоже изъ архіереевъ.

Сосредоточивая въ лицѣ епархіальныхъ архіереевъ обвинительную власть въ низшей и средней инстанціи духовнаго суда, проектъ комитета допускаетъ однакожъ самостоятельную, отдѣльную прокуратуру при судномъ отдѣленіи св. синода. Очевидно, что комитетъ не призналъ возможнымъ установить отдѣльную прокуратуру по всему духовно-судебному вѣдомству только изъ какого-то опасенія нововведеній, и потому онъ признаетъ прокуратуру при синодѣ какъ существующую уже на практикѣ. Но спрашивается, какимъ образомъ оберъ-прокуроръ синода можетъ исполнить возлагаемую на него проектомъ обязанность высшаго надзора за духовно-судебными учрежденіями, если у него не будетъ своихъ органовъ и представителей при духовныхъ судилищахъ? Вѣдь архіереи, какъ прокуроры духовныхъ судовъ, не могутъ, по своему сану, стать къ оберъ-прокурору въ такія отношенія, какъ чины прокурорскаго надзора? Вообще по проекту комитета отдѣленіе судебной власти отъ административной, можно сказать, вовсе не существуетъ; теперешняя централизація всей церковной власти въ рукахъ епархіальныхъ начальниковъ удерживается во всей силѣ. Какъ справедливо замѣчаетъ „Христіанское Чтеніе“, по проекту комитета „епархіальный архіерей становится центромъ, изъ котораго судебная власть исходитъ въ епархіи и къ которому она возвращается“. Неудивительно поэтому, что проэктъ комитета встрѣтилъ очень мало сочувствія въ средѣ духовенства [1]).

[1]) См. статью г. Беллюстина „Духовный судъ и администрація“ въ „Недѣлѣ“ 1872 г., № 3-й.

Гораздо болѣе удовлетворительнымъ представляется проектъ большинства комитета, сущность котораго мы изложили выше со словъ „Голоса". Проектъ этотъ очевидно направленъ къ тому, чтобъ по возможности освободить духовный судъ отъ вліянія епархіальной администраціи. Поэтому вторая инстанція духовнаго суда пріурочена не къ епархіи, а къ особому духовно-судебному округу, подобно военно-окружнымъ судамъ. Члены этихъ судовъ избираемые духовенствомъ и земствомъ, утверждаются въ должности безъ участія епархіальныхъ начальниковъ. Самое существенное отличіе этого проекта заключается, конечно, въ допущеніи имъ особой прокуратуры изъ чиновъ гражданскаго вѣдомства, независимыхъ отъ церковной администраціи и подчиненныхъ оберъ-прокурору синода. Прокуратура въ такомъ видѣ, безъ сомнѣнія, можетъ представить довольно надежную гарантію для духовныхъ и мірянъ въ отношеніи законнаго и самостоятельнаго образа дѣйствій духовныхъ судовъ. Только въ одномъ отношеніи проектъ большинства комитета не только не ограничиваетъ, но еще болѣе усиливаетъ судебную власть архіереевъ сравнительно съ проектомъ комитета, именно относительно юрисдикціи низшей инстанціи, духовныхъ судей. Проектъ Комитета освобождаетъ духовныхъ судей отъ подчиненія архіереямъ и подчиняетъ ихъ какъ апелляціонной инстанціи епархіальному суду. Проектъ же большинства напротивъ даетъ архіерею право утвержденія рѣшеній духовныхъ судей по болѣе важнымъ дѣламъ. Апелляція на приговоры духовныхъ судей можетъ перейти на разсмотрѣніе духовно-окружнаго суда только въ томъ случаѣ, если архіерей найдетъ это нужнымъ и не уважитъ самъ апелляціоннаго отзыва. И такъ какъ дѣла менѣе важныя, подвѣдомыя духовнымъ судьямъ, будутъ составлять безъ сомнѣнія огромное большинство дѣлъ, подсудныхъ духовно-судебнымъ учрежденіямъ, то выйдетъ опять таки безусловная зависимость массы низшаго духовенства отъ епархіальнаго начальства. Почему большинство комитета сочло нужнымъ уклониться въ этомъ отношеніи отъ прежняго проекта и сдѣлать шагъ назадъ въ своемъ проектѣ—мы рѣшительно не понимаемъ. Можетъ быть оно хотѣло этой уступкой вознаградить епархіальную власть за уменьшеніе ея вліянія въ другихъ пунктахъ; но такой компромиссъ намъ кажется несоотвѣтствующимъ достоинству комитета, а практическое осуществленіе этого пред-

ложенія можетъ оказаться очень опаснымъ для духовенства и духовно-судебной реформы.

Какъ бы то ни было, не трудно видѣть, что примѣненіе началъ судебныхъ уставовъ къ предполагаемому духовно-судебному преобразованію встрѣчаетъ серьезныя затрудненія, проистекающія главнымъ образомъ изъ нежеланія духовнаго начальства стѣснить свои прерогативы и уменьшить кругъ своей дѣятельности какъ въ пользу свѣтской власти, такъ и въ пользу самостоятельнаго духовнаго суда. Какъ упорно отстаиваетъ духовное вѣдомство самостоятельность своей юрисдикціи противъ притязаній свѣтской власти, мы имѣли случай видѣть выше, говоря о попыткахъ составителей судебныхъ уставовъ расширить предѣлы гражданской юрисдикціи насчетъ духовной. О нежеланіи же духовнаго начальства создать независимый духовный судъ, свидѣтельствуютъ какъ самые проекты комитета 12 января, такъ и доходящіе до насъ слухи о ходѣ работъ комитета.

II.

Указавъ въ краткихъ чертахъ на общій характеръ трудовъ комитета и выработанныхъ имъ проектовъ, мы перейдемъ къ разсмотрѣнію того, что составляетъ собственно предметъ настоящей статьи—характера нашего духовнаго суда по дѣламъ брачнымъ и вообще значенія церковнаго элемента въ нашемъ семейномъ правѣ.

Здѣсь прежде всего мы должны остановится на вопросѣ процессуальномъ—объ отношеніяхъ духовнаго суда къ общимъ судебнымъ мѣстамъ по дѣламъ брачнымъ. Отношенія эти, какъ мы видѣли уже, остались нетронутыми судебною реформой. Уставы 20 ноября ограничились только болѣе точной редакціей статей закона, опредѣляющихъ эти отношенія, оставивъ сущность дѣла безъ измѣненія. Практика же еще болѣе ревниво охраняетъ statu quo духовной юрисдикціи отъ вліянія преобразованій, совершенныхъ по судебному вѣдомству. Это выразилось очень рельефно на вопросѣ о томъ, кто долженъ производить въ настоящее время дознанія о безвѣстномъ отсутствіи по дѣламъ бракоразводнымъ? Вопросъ этотъ недавно былъ предметомъ обсужденія правительствующаго сената, указъ котораго мы приводимъ здѣсь цѣликомъ [1]),

---

[1]) Заимствуемъ его изъ синодскаго указа, напечатаннаго въ „Орловскихъ Епархіальныхъ Вѣдомостяхъ“ 1872 г. № 3.

такъ какъ соображенія и выводъ сената, по нашему мнѣнію, неправильны и указываютъ на ненормальность существующихъ отношеній между духовными и свѣтскими судами. Орловская консисторія, для производства слѣдствій по бракоразводнымъ дѣламъ, возникающимъ по случаю безвѣстнаго отсутствія одного изъ супруговъ, относилась въ полицейскія управленія, но нѣкоторыя изъ этихъ послѣднихъ уклонялись отъ спроса лицъ подъ присягою, отзываясь, что обязанность эта сложена съ нихъ со времени введенія въ дѣйствіе судебныхъ уставовъ 20 ноября 1864 года. Съ своей стороны, прокуроръ орловскаго окружнаго суда объяснилъ, что, по его мнѣнію, вышеозначенная обязанность лежитъ на членахъ окружныхъ судовъ; орловскій же окружный судъ нашелъ не подлежащимъ себѣ производство слѣдствій по сказаннымъ дѣламъ, о чемъ и сообщилъ орловской консисторіи, которая вслѣдствіе сего отнеслась въ орловское губернское правленіе съ просьбою обязать полицейскія управленія не уклоняться отъ требованій консисторіи по дѣламъ помянутаго рода. Но губернское правленіе, согласно съ мнѣніемъ прокурора окружнаго суда, отказалось предписать полицейскимъ управленіямъ о производствѣ слѣдствій по бракоразводнымъ дѣламъ, причемъ отказъ свой основало на примѣч. къ ст. 58 X т. ч. I, по прод. 1868 года Вслѣдствіе этого преосвященный орловскій вошелъ съ рапортомъ въ святѣйшій синодъ, испрашивая разрѣшенія — кто долженъ производить слѣдствія по бракоразводнымъ дѣламъ, возникающимъ по случаю безвѣстнаго отсутствія одного изъ супруговъ. По вопросу сему святѣйшій синодъ сносился, чрезъ синодальнаго оберъ-прокурора, съ управляющимъ II отдѣленіемъ собственной Его Императорскаго Величества канцеляріей. Затѣмъ отзывъ статсъ-секретаря князя Урусова и прочая по упомянутому дѣлу переписка передана святѣйшимъ синодомъ, при вѣдѣніи 5 августа 1870 года, въ правительствующій сенатъ, для надлежащаго распоряженія о предписаніи полицейскимъ управленіямъ орловской губерніи производить, по отношеніямъ епархіальнаго начальства, изслѣдованія по бракоразводнымъ дѣламъ. По разсмотрѣніи представленія губернскаго правленія и представленныхъ при ономъ приложеній, правительствующій сенатъ находитъ, что орловское губернское правленіе отказалось понудить подвѣдомственныя ему полицейскія управленія производить указанныя въ 59 ст. X т. I ч. изслѣдованія въ бракоразводныхъ дѣлахъ, возникающихъ по случаю безвѣстнаго

отсутствія одного изъ супруговъ, заключающіяся въ спросѣ подъ присягою, при депутатѣ съ духовной стороны, родственниковъ отсутствующаго и жителей какъ мѣстныхъ, такъ и окольныхъ. Отказъ таковой правленіе основало: во первыхъ на томъ соображеніи, что, послѣ введенія въ дѣйствіе судебныхъ уставовъ 20 ноября 1864 года, полиція не имѣетъ права производить слѣдствія, слѣдовательно и отбирать допросы подъ присягою, а во вторыхъ на примѣчаніи къ 58 ст. I ч. X т., по прод. 1868 года; въ статьѣ этой сказано: „Когда епархіальное начальство не встрѣтитъ сомнѣнія о дѣйствительности брака просителя съ лицомъ отсутствующимъ, то относится къ мѣстному гражданскому начальству о спросѣ, при депутатѣ съ духовной стороны, родственниковъ отсутствующаго и жителей, какъ мѣстныхъ, такъ и окольныхъ: не знаетъ ли кто о мѣстѣ пребыванія его, не проходило ли мимо о немъ какихъ либо слуховъ, когда онъ отлучился и не подавалъ ли самъ проситель повода къ оставленію его".—Хотя затѣмъ въ примѣчаніи къ означенной статьѣ и говорится: „Судебныя установленія, учрежденныя на основаніи судебныхъ уставовъ 20 ноября 1864 года, при изслѣдованіи о безвѣстно отсутствующемъ руководствуются правилами, въ уставѣ гражданскаго судопроизводства (1456 ст.) изложенными", но изъ этого никоимъ образомъ нельзя заключить, чтобы епархіальныя начальства въ мѣстностяхъ, гдѣ введены судебныя учрежденія 20 ноября 1864 года, съ требованіями о производствѣ изслѣдованій о безвѣстно отсутствующихъ по бракоразводнымъ дѣламъ обращались не къ полицейскимъ, а къ судебнымъ установленіямъ; ибо 1) по точному смыслу 1451 и 1460 ст. уст. гр. судопр., окружные суды производятъ изслѣдованія о безвѣстно-отсутствующихъ лишь по просьбамъ о томъ лицъ, имѣющихъ законное притязаніе къ имуществу ихъ, или же по заявленіямъ прокурорскаго надзора; 2) по силѣ примѣчанія къ 2 ст. учр. суд. уст. 20 ноября 1864 года, преобразованіе судебной части на основаніи уставовъ 20 ноября 1864 года вовсе не касается духовныхъ и другихъ судовъ, означенныхъ въ этомъ примѣчаніи и 3) въ уставахъ 20 ноября 1864 года нигдѣ не опредѣлено, чтобы изслѣдованія о безвѣстномъ отсутствіи по бракоразводнымъ дѣламъ изъяты были изъ вѣдомства полиціи. Признавая на основаніи изложенныхъ соображеній, что указанныя въ 58 и 59 ст. т. X ч. II изслѣдованія о безвѣстномъ отсутствіи лицъ по дѣламъ бракоразводнымъ, и за

введеніемъ въ дѣйствіе судебныхъ уставовъ 20 ноября 1864 года, должны быть производимы повсемѣстно полиціею, правительствующій сенатъ опредѣляетъ: дать о семъ знать орловскому губернскому правленію, для надлежащихъ со стороны онаго распоряженій; о чемъ сообщить и святѣйшему правительствующему синоду. Независимо отъ сего, для общаго свѣдѣнія и руководства, распубликовать настоящее рѣшеніе установленнымъ порядкомъ.

Мы съ своей стороны полагаемъ, что противоположное толкованіе было бы правильнѣе и болѣе соотвѣтствовало бы духу судебныхъ уставовъ. Дѣйствительно, изъ соображеній государственнаго совѣта, на которыхъ основана ст. 1451 уст. гр. суд., видно, что при установленіи правилъ для производства окружными судами дѣлъ о безвѣстномъ отсутствіи имѣлось въ виду значеніе безвѣстнаго отсутствія для дѣлъ брачныхъ. Важность послѣдствій безвѣстнаго отсутсвія, говоритъ государственный совѣтъ, убѣждаетъ въ томъ, что признаніе онаго слѣдуетъ возложить не на правительственныя, а на судебныя мѣста. Затѣмъ примѣчаніе къ ст. 58 т. X ч. I по прод. 1868 г. служитъ важнымъ основаніемъ къ признанію того, что удостовѣреніе въ безвѣстномъ отсутствіи супруга производится окружными судами, ибо въ противномъ случаѣ примѣчаніе это не имѣло бы никакого смысла подъ этой статьей. Указаніе на примѣчаніе къ ст. 2 учр. суд. уст. ничего не доказываетъ, потому что здѣсь говорится о дѣятельности собственно спеціальныхъ судовъ въ кругу ихъ вѣдомства; но само собой разумѣется, что тамъ, гдѣ спеціальные суды сталкиваются съ общими, они должны подчиниться тѣмъ преобразованіямъ, которыя произведены въ юрисдикціи этихъ послѣднихъ. То обстоятельство, что объ обязанности полиціи производить изслѣдованія о безвѣстномъ отсутствіи супруговъ говорится въ законахъ гражданскихъ, а не судопроизводственныхъ, ничего не значитъ, потому что судебные уставы, какъ всякій новый законъ, отмѣнили не только процессуальные по своему внѣшнему виду и положенію законы, но и всѣ тѣ юридическія нормы, которыя имъ противорѣчатъ и имѣютъ въ сущности характеръ процессуальный, хотя онѣ и помѣщены между законами матеріальнаго гражданскаго права. Затѣмъ то обстоятельство, что въ ст. 1451 говорится только о просьбахъ лицъ, имѣющихъ законное притязаніе къ имуществу отсутствующаго, какъ о поводѣ къ производству изслѣдованія, не говоритъ противъ производства окружными судами изслѣдованій о

безвѣстномъ отсутствіи супруговъ. Дѣло въ томъ, что окружной судъ самъ, непосредственно, можетъ приступать къ подобному изслѣдованію только въ случаяхъ упомянутыхъ въ ст. 1451; по дѣламъ же брачнымъ первоначальное направленіе изслѣдованій о безвѣстномъ отсутствіи зависитъ отъ епархіальнаго начальства, такъ что просьба супруга объ этомъ предметѣ, поданная непосредственно окружному суду, не подлежитъ принятію. Но изъ этого вовсе не слѣдуетъ, что когда епархіальное начальство уже признало необходимость изслѣдованія, оно не производилось порядкомъ, указаннымъ для всѣхъ такихъ дѣлъ въ уст. гр. суд.

Правда, противъ нашего толкованія говоритъ то мѣсто въ мотивахъ государственнаго совѣта къ ст. 1451, гдѣ указывается, что изслѣдованіе о безвѣстномъ отсутствіи для разсмотрѣнія браковъ по прежнему остается за епархіальнымъ начальствомъ. Но здѣсь, можетъ быть, говорится, какъ мы только что замѣтили, только о первоначальномъ направленіи этихъ изслѣдованій, а не о дальнѣйшемъ ихъ производствѣ.

Затѣмъ, въ пользу сенатскаго толкованія можно привести еще то обстоятельство, что окружный судъ не можетъ быть поставленъ относительно епархіальнаго начальства въ такое же зависимое положеніе, какъ полицейская власть. Законъ говоритъ только о самостоятельномъ производствѣ окружными судами изслѣдованій о безвѣстномъ отсутствіи, а не объ исполненіи требованій посторонняго вѣдомства, что несовмѣстимо съ достоинствомъ и положеніемъ новыхъ судовъ. Но и это возраженіе намъ кажется неосновательнымъ. Если окружный судъ, на основаніи ст. 1451, обязанъ исполнить требованіе прокурора относительно производства изслѣдованія о безвѣстномъ отсутствіи, то почему же онъ не можетъ стать въ такое же отношеніе къ епархіальному суду? Послѣдній въ качествѣ судебнаго мѣста, имѣетъ болѣе права на начатіе изслѣдованія, чѣмъ прокурорскій надзоръ. Предположимъ однакожъ, что толкованіе, данное сенатомъ ст. 58 т. X ч. I и ст. 1451 уст. гр. суд., съ строго-юридической точки зрѣнія совершенно правильно. Въ такомъ случаѣ оно указываетъ на очевидный недосмотръ въ уст. гр. суд. и ненормальность отношеній по существующимъ до сихъ поръ законамъ между духовными и свѣтскими судами.

При старомъ порядкѣ судопроизводства, полиція, на основаніи прим. къ ст. 368 т. X ч. 2, имѣла общую обязанность про-

изводить слѣдствія по гражданскимъ дѣламъ и приводить въ исполненіе всѣ мѣры, къ тому относящіяся. Совершенно естественно было поэтому возложить на нее и исполненіе слѣдственныхъ дѣйствій, т. е. собираніе доказательствъ по дѣламъ о безвѣстномъ отсутствіи супруговъ, производимыхъ духовными судами. Но судебные уставы совершенно устранили полицію отъ всякаго участія въ производствѣ гражданскихъ дѣлъ. Не странно ли удержать за полиціей слѣдственную власть по одной категоріи гражданскихъ дѣлъ, когда она отнята у нея по всѣмъ прочимъ гражданскимъ дѣламъ? Полицейскія власти орловской губерніи и губернское правленіе во главѣ ихъ очень хорошо поняли, что къ какимъ юридическимъ тонкостямъ ни стали бы прибѣгать для удержанія въ силѣ ст. 58 т. X. I, статья эта является въ настоящее время полнѣйшимъ анахронизмомъ и представляетъ обломокъ прежнихъ, совершенно исчезнувшихъ порядковъ.

Съ другой стороны толкованіе сената раждаетъ несправедливость относительно супруговъ, ищущихъ развода по безвѣстному отсутствію другого супруга. Законодатель, какъ видно изъ мотивовъ къ ст. 1451—60 уст. гр. суд., призналъ, что при важности послѣдствій безвѣстнаго отсутствія для заинтересованныхъ лицъ необходимо обставить производство изслѣдованій по этимъ дѣламъ большими гарантіями и возложить эти изслѣдованія на новые суды. Между тѣмъ, когда дѣло идетъ о расторженіи брака, безспорно важнѣйшемъ изъ послѣдствій безвѣстнаго отсутствія, гарантіи судебнаго производства не должны существовать, а остается прежнее, признанное неудовлетворительнымъ, полицейское изслѣдованіе. Справедливо ли допустить, чтобъ имущественные интересы, затрагиваемые безвѣстнымъ отсутствіемъ частнаго лица, пользовались большимъ покровительствомъ закона, чѣмъ гораздо болѣе важные личные интересы, относящіеся къ расторженію брака?

Наконецъ и съ чисто-юридической точки зрѣнія, кромѣ соображеній, высказанныхъ выше, полицейское дознаніе по ст. 58 зак. гр. представляется теперь явленіемъ ненормальнымъ, и вотъ почему. По прежнимъ нашимъ законамъ безвѣстное отсутствіе не было цѣльнымъ юридическимъ институтомъ съ тѣмъ характеромъ, который придается ему иностранными законодательствами. Дѣла о безвѣстномъ отсутствіи имѣли характеръ сыска лицъ почему либо нужныхъ тому или другому присутственному мѣсту и потому

дѣла эти, на основаніи ст. 882 т. II учр. губ., не могли быть производимы по просьбамъ частныхъ лицъ, а лишь по требованіямъ правительственныхъ мѣстъ [1]). Но уставъ гражданскаго судопроизводства (см. мотивы къ ст. 1451) вводитъ въ наше законодательство европейское понятіе о безвѣстномъ отсутствіи, какъ о гражданско-правовомъ институтѣ, сущность котораго заключается въ томъ, что фактъ безвѣстнаго отсутствія даннаго лица, удостовѣренный по надлежащемъ изслѣдованіи судебнымъ мѣстомъ, производитъ различныя перемѣны въ гражданскихъ, личныхъ и имущественныхъ правахъ, какъ самаго отсутствующаго, такъ и лицъ, тѣсно съ нимъ связанныхъ тѣмъ или инымъ образомъ. При такомъ цѣлостномъ представленіи о фактѣ безвѣстнаго отсутствія и всѣхъ вытекающихъ изъ него юридическихъ послѣдствіяхъ необходимо, чтобъ и изслѣдованіе по этому предмету производилось въ одномъ, судебномъ порядкѣ. Разбить изслѣдованіе о безвѣстномъ отсутствіи и распредѣлить его между различными вѣдомствами, дѣйствующими на различныхъ началахъ, смотря по тому, какое послѣдствіе безвѣстнаго отсутствія имѣется въ виду въ данномъ случаѣ, значитъ дѣйствовать несогласно съ сущностью и духомъ постановленій судебныхъ уставовъ объ институтѣ безвѣстнаго отсутствія.

Словомъ, съ какой стороны ни посмотрѣть на этотъ вопросъ, окажется, что производство полиціей дознаній, по порученіямъ епархіальнаго начальства о безвѣстномъ отсутствіи супруговъ, представляетъ явную логическую несообразность и не согласно съ основными началами судебной реформы.

Но ближайшимъ образомъ упомянутый сенатскій указъ интересенъ для насъ здѣсь тѣмъ, что обнаруживаетъ стремленіе духовнаго вѣдомства удержать свои отношенія къ свѣтскимъ властямъ въ томъ видѣ, какъ они существовали до судебной реформы: орловская консисторія отнеслась въ губернское правленіе съ просьбой не о томъ, чтобъ обсудить, кто долженъ въ настоящее время производить изслѣдованіе о безвѣстномъ отсутствіи, а о томъ, чтобъ обязать полицейскія управленія исполнять требованія консисторіи; затѣмъ св. синодъ представилъ дѣло въ сенатъ опять-таки не для обсужденія спорнаго вопроса, а предрѣшивши его

[1]) См. Любавскаго, о вліяніи безвѣстнаго отсутствія на пользованіе правами въ Юрид. Вѣстн. 1863 г. кн. 10.

въ томъ смыслѣ, что полиція должна по прежнему производить эти изслѣдованія; сенату, слѣдовательно, приходилось только санкціонировать постановленіе синода въ этомъ смыслѣ.

Ненормальность существующихъ правилъ о расторженіи брака по безвѣстному отсутствію сознана и комитетомъ для преобразованія духовно-судебной части, хотя комитетъ и не имѣлъ въ виду высказанныхъ нами соображеній. Комитетъ, какъ мы слышали, проектировалъ слѣдующее правило: „дѣла о расторженіи браковъ по безвѣстному отсутствію одного изъ супруговъ производятся свѣтскимъ судомъ, а по признаніи свѣтскимъ судомъ безвѣстнаго отсутствія сообщаются епархіальному начальству для расторженія брака". Только принятіемъ этого правила будетъ устранено существующее нарушеніе принциповъ судебныхъ уставовъ примѣненіемъ ст. 58 т. X. 1.

Но перейдемъ къ характеристикѣ отношеній между духовными и свѣтскими судами по существующимъ законамъ.

Сущность этихъ отношеній заключается въ слѣдующемъ. Нѣкоторыя брачныя дѣла подлежатъ исключительному вѣдѣнію духовныхъ судовъ, нѣкоторыя производятся отчасти въ духовныхъ, отчасти въ свѣтскихъ, какъ уголовныхъ, такъ и гражданскихъ судахъ; нѣкоторыя производятся во всѣхъ этихъ трехъ родахъ судебныхъ мѣстъ. Но нѣтъ ни одного брачнаго дѣла, которое могло бы производиться въ однихъ свѣтскихъ судахъ, минуя духовный, если дѣло это затрогиваетъ вопросъ о дѣйствительности или законности брака. Къ дѣламъ первой категоріи относятся всѣ дѣла: 1) объ удостовѣреніи дѣйствительности событія браковъ, 2) о признаніи ихъ законности или незаконности, и 3) о расторженіи браковъ (ст. 796 т. X ч. 2). Это опредѣленіе вѣдомства самостоятельной духовной юрисдикціи оставлено безъ измѣненія судебными уставами [1]).

Затѣмъ въ дѣлахъ, подлежащихъ разсмотрѣнію духовныхъ и свѣтскихъ судовъ, отношенія между ними троякаго рода.

1. По нѣкоторымъ дѣламъ, предварительно разрѣшенія ихъ въ свѣтскомъ судѣ, духовный судъ долженъ доставить фактическія свѣдѣнія, необходимыя для того, чтобъ свѣтскій судъ могъ разрѣшить подлежащіе его вѣдомству вопросы въ данномъ брачномъ дѣлѣ. Такъ, по дѣламъ о многобрачіи, о кровосмѣшеніи, въ ко-

---

[1]) См. мотивы ст. 1337—1345 уст. гр. суд.

торыхъ незаконность брака сопряжена съ уголовной отвѣтственностью какъ вступившихъ въ такой бракъ, такъ и совершившихъ оный, свѣтскій уголовный судъ можетъ приступить къ производству дѣла лишь по истребованіи отъ духовнаго начальства свѣдѣній о совершеніи третьяго брака и о существованіи факта кровосмѣшенія (ст. 807 т. X ч. 2 и ст. 1013 уст. угол. суд).

Точно также по тѣмъ брачнымъ дѣламъ, которыя производятся въ гражданскомъ судѣ, т. е. о личныхъ и имущественныхъ правахъ, сопряженныхъ съ бракомъ, въ извѣстныхъ случаяхъ (точно въ законѣ не опредѣленныхъ) гражданскій судъ можетъ приступать къ рѣшенію дѣлъ только по разсмотрѣніи нѣкоторыхъ обстоятельствъ судомъ духовнымъ (ст. 1338 уст. гр. суд. и ст. 811 т. X ч. 2).

2. По нѣкоторымъ брачнымъ дѣламъ производство начинается въ духовномъ судѣ, который въ качествѣ судебнаго мѣста опредѣляетъ о признаніи дѣйствительности и законности брака и затѣмъ передаетъ на разсмотрѣніе подлежащаго свѣтскаго суда, уголовнаго или гражданскаго, тѣ обстоятельства, которыя подлежатъ его разрѣшенію. Изъ брачныхъ дѣлъ, имѣющихъ уголовный характеръ, сюда относятся дѣла о бракахъ съ нехристіанами, въ запрещенныхъ степеняхъ родства и о четвертыхъ бракахъ (ст. 807 т. X ч. 2 и ст. 1014 и 1015 уст. угол. суд.). Изъ гражданскихъ дѣлъ сюда относятся всѣ тѣ случаи, когда судъ гражданскій опредѣляетъ личныя и имущественныя послѣдствія приговора духовнаго суда о признаніи брака недѣйствительнымъ, напр. опредѣляетъ содержаніе лицу, вступившему въ бракъ по принужденію или обману (ст. 666 т. X ч. 1), или разрѣшаетъ вопросъ о послѣдствіяхъ незаконнаго брака послѣ смерти одного изъ супруговъ (ст. 811 т. X ч. 2).

3. По нѣкоторымъ брачнымъ дѣламъ возникаютъ такія обстоятельства, которыя имѣютъ характеръ чисто уголовный и обусловливаютъ собою возможность разрѣшенія церковной стороны этихъ дѣлъ. Таковы дѣла о насиліи, обманахъ при совершеніи браковъ и сумасшествіи одного изъ брачившихся. Дѣла этого рода разсматриваются предварительно въ уголовномъ судѣ, опредѣляющемъ уголовную отвѣтственность лицъ, вступившихъ въ подобный бракъ и содѣйствовавшихъ его совершенію, а затѣмъ въ духовномъ судѣ, опредѣляющемъ дѣйствительность брака и отвѣтственность участвовавшихъ въ совершеніи его духовныхъ

лицъ (ст. 808 т. X ч. 2, ст. 1012, уст. угол. суд). Замѣтимъ кстати, что г. Побѣдоносцевъ, очевидно по ошибкѣ, относитъ эти дѣла къ 1-й категоріи, т. е. къ тѣмъ, по которымъ свѣтскій судъ, при разсмотрѣніи ихъ, требуетъ предварительно свѣдѣній отъ духовнаго начальства[1]).

Сюда же относятся всѣ тѣ уголовно-брачныя дѣла, которыя, хотя и рѣшаются уголовнымъ судомъ самостоятельно, но поступаютъ, послѣ рѣшенія ихъ свѣтскимъ судомъ, къ суду духовному для опредѣленія виновнымъ церковнаго покаянія, а именно дѣла о похищеніи женщинъ для вступленія въ бракъ, о вступленіи въ бракъ безъ разрѣшенія родителей, о жестокомъ обращеніи супруговъ, о вѣнчаніи раскольниковъ (ст. 806 т. X ч. 2).

Особнякомъ отъ этихъ трехъ категорій стоитъ особый разрядъ дѣлъ о прелюбодѣяніи, отличающійся тѣмъ, что относительно его существуетъ двоякая подсудность, смотря по желанію оскорбленнаго прелюбодѣяніемъ супруга: или уголовнаго суда, когда обиженный супругъ требуетъ наказанія виновнаго по общимъ уголовнымъ законамъ, или духовнаго суда, если онъ проситъ о расторженіи брака и наказаніи виновнаго по церковнымъ правиламъ (ст. 1016 уст. угол. суд.).

Разсматривая ближе совокупность этихъ постановленій, нетрудно видѣть, что по существующимъ законамъ большинство дѣлъ о недѣйствительности браковъ должно проходить три раза по различнымъ судебнымъ мѣстамъ для того, чтобъ достигнуть окончательнаго разрѣшенія. Такъ напр. дѣла о насиліи, обманѣ и сумасшествіи при заключеніи брака должны разсматриваться: во 1) въ уголовномъ судѣ для установленія уголовнаго факта и наказанія за него (ст. 1012 уст. угол. суд), во 2) въ духовномъ судѣ для опредѣленія дѣйствительности или недѣйствительности брака, и въ 3) въ гражданскомъ судѣ для опредѣленія гражданскихъ, личныхъ и имущественныхъ послѣдствій приговора духовнаго суда. Дѣла о многобрачіи и кровосмѣшеніи могутъ даже 5 разъ послѣдовательно быть въ разсмотрѣніи разныхъ судебныхъ мѣстъ. Поступая первоначально въ уголовный судъ, они переходятъ въ консисторію для установленія факта двоебрачія или кровосмѣшенія; затѣмъ поступаютъ вторично въ уголовный судъ для опредѣленія виновнымъ наказанія, отсюда опять въ консисторію

---

[1]) Курсъ гражданскаго права, ч. 2, стр. 77.

для опредѣленія о незаконности брака и отвѣтственности духовныхъ лицъ, участвовавшихъ въ его совершеніи, и наконецъ въ гражданскій судъ для разрѣшенія спорныхъ вопросовъ о правахъ сопряженныхъ съ бракомъ.

Очевидно, что такая необыкновенно сложная процедура производства брачныхъ дѣлъ сама по себѣ представляетъ явленіе крайне ненормальное, затрудняетъ чрезмѣрно судебный ходъ этихъ дѣлъ и обременительна для лицъ, въ этихъ дѣлахъ заинтересованныхъ. Но порядокъ этотъ представляется неудовлетворительнымъ во многихъ отношеніяхъ, которыя мы и укажемъ здѣсь вкратцѣ.

1. Государственный совѣтъ при обсужденіи судебныхъ уставовъ принялъ на видъ, что „въ начатіи и производствѣ брачныхъ дѣлъ у насъ всегда существовала большая неопредѣленность, за отсутствіемъ точнаго указанія, въ какихъ случаяхъ и когда дѣло, начатое такимъ или другимъ порядкомъ, должно переходить для производства изъ суда духовнаго въ свѣтскій, или наоборотъ" [1]). При составленіи уставовъ имѣлось въ виду устранить этотъ недостатокъ, но онъ далеко не устраненъ до сихъ поръ. Такъ на основаніи ст. 1338 уст. гр. суд. „производство дѣла въ гражданскомъ порядкѣ пріостанавливается, когда въ ономъ представятся такія обстоятельства, которыя подлежатъ разсмотрѣнію суда духовнаго, и когда безъ разрѣшенія ихъ не можетъ быть постановлено рѣшеніе по иску, предъявленному въ судѣ гражданскомъ". Здѣсь не опредѣлено, о какого рода обстоятельствахъ идетъ рѣчь, но само собой разумѣется, что здѣсь говорится о случаяхъ, когда возникаетъ сомнѣніе въ дѣйствительности и законности брака. Отсюда возникаетъ слѣдующій вопросъ: такъ какъ всѣ случаи незаконнаго совершенія браковъ влекутъ за собой, кромѣ признанія брака недѣйствительнымъ, еще и уголовную отвѣтственность для лицъ, вступившихъ въ бракъ и совершившихъ его, то какъ долженъ поступить гражданскій судъ въ томъ случаѣ, когда при производствѣ у него дѣла обнаружится обстоятельство, подлежащее разсмотрѣнію не одного духовнаго, но предварительно и уголовнаго суда? Чтобъ пояснить нашу мысль примѣромъ и показать, что вопросъ этотъ имѣетъ практическое значеніе, укажемъ на дѣло Стадлеровъ, разбиравшееся недавно въ казанскомъ окруж-

[1]) Мотивы къ ст. 1101 уст. угол. суд.

номъ судѣ [1]). Сущность этого дѣла заключается въ слѣдующемъ. Братья умершаго Фридриха Адольфа Стадлера предъявили въ окружномъ судѣ искъ о признаніи недѣйствительнымъ брака умершаго съ Доротеей Реттеръ на томъ основаніи, что онъ при заключеніи его не владѣлъ умственными способностями. Тутъ слѣдовательно возбужденъ былъ вопросъ о сумасшествіи одного изъ брачившихся, т. е. о такомъ обстоятельствѣ, которое по ст. 1012 уст. уг. суд. подлежитъ, прежде разсмотрѣнія въ судѣ духовномъ, сужденію суда уголовнаго. Спрашивается, какую статью долженъ былъ бы примѣнить казанскій окружный судъ, еслибъ онъ нашелъ заявленіе Стадлеровъ основательнымъ, ст. 8 или 1338 уст. гр. суд.? Съ одной стороны въ дѣлѣ этомъ открывается „противозаконное дѣйствіе, требующее уголовнаго преслѣдованія“ и начинающееся по закону въ уголовномъ судѣ; поэтому слѣдуетъ примѣнить ст. 8 уст. гр. суд., т. е. передать дѣло въ уголовный судъ и пріостановить гражданское производство. Съ другой стороны, тутъ по всѣмъ соображеніямъ должна быть примѣнена ст. 1338 уст. гр. суд. Во первыхъ потому, что она есть спеціальная для брачныхъ дѣлъ, причемъ законъ не различаетъ тѣ изъ этихъ дѣлъ, которыя разсматриваются въ одномъ духовномъ судѣ, отъ тѣхъ, которыя должны быть и въ разсмотрѣніи уголовныхъ судовъ. Во вторыхъ вопросъ о недѣйствительности брака, заключеннаго въ сумасшествіи, т. е. тотъ вопросъ, который въ данномъ случаѣ имѣетъ значеніе для гражданскаго суда, разрѣшается всетаки не уголовнымъ, а духовнымъ судомъ; стало быть, по буквальному смыслу ст. 1338 она должна быть здѣсь примѣнена. Въ дѣлѣ Стадлеровъ судъ обошелъ этотъ вопросъ, такъ какъ онъ нашелъ что доказательство истцовъ недостаточны для того, чтобъ признать ихъ искъ правильнымъ и передать дѣло на разсмотрѣніе духовнаго начальства, и потому отказалъ по существу. Но это обстоятельство указываетъ на два другихъ недостатка ст. 1338. Во первыхъ, казанскій окружной судъ говоритъ, что по силѣ ст. 1338 уст. гр. суд. гражданскій судъ обязанъ передавать на разсмотрѣніе духовнаго вѣдомства тѣ обстоятельства, которыя требуютъ его разсмотрѣнія. Но въ ст. 1338 вовсе не упоминается о передачѣ дѣла самимъ судомъ духовному вѣдомству. Является вопросъ:

[1]) Рѣшеніе суда по этому дѣлу напечатано въ „Казанскихъ Губерн. Вѣдом.“ за 1872 г. №№ 15 и 16.

составляетъ ли это простую недомолвку и по аналогіи съ ст. 8 уст. гр. суд. гражданскій судъ передаетъ дѣло духовному, или, руководствуясь буквальнымъ смысломъ ст. 1338, слѣдуетъ предоставить сторонамъ самимъ обратиться къ духовному начальству для разрѣшенія преюдиціальнаго вопроса. Въ пользу мнѣнія казанскаго окружнаго суда говоритъ ст. 811 т. X ч. 2, соотвѣтствующая ст. 1338 уст. гр. суд. и говорящая о передачѣ гражданскимъ судомъ духовному подлежащихъ разрѣшенію его вопросовъ. Этой статьей руководствуется г. Побѣдоносцевъ (стр. 77), повидимому не замѣтившій разницы въ ея редакціи и выраженіяхъ съ ст. 1338 уст. гр. суд. По намъ кажется, что разница эта не случайная. Въ уголовныхъ дѣлахъ государство заинтересовано въ открытіи истины и потому гражданскій судъ самъ передаетъ открывающіяся уголовныя обстоятельства въ надлежащій судъ. Но обстоятельства, подлежащія разсмотрѣнію духовнаго вѣдомства въ дѣлахъ брачныхъ, имѣютъ характеръ частно-правовой. Поэтому передача такихъ обстоятельствъ самимъ гражданскимъ судомъ духовному начальству было бы противна началамъ состязательнаго процесса и общему характеру дѣятельности новыхъ судовъ. Во вторыхъ, ст. 1338 въ теперешнемъ ея видѣ приводитъ къ тому результату, что одно и тоже дѣло можетъ получить совершенно различный исходъ, смотря по тому, какое было дано ему первоначально направленіе, т. е. въ какой судъ обратилось лицо, оспаривающее напр. законность брака. Такъ въ дѣлѣ Стадлеровъ, которое могло быть принято къ разсмотрѣнію казанскимъ окружнымъ судомъ по гражданскому отдѣленію, благодаря общимъ выраженіямъ ст. 1338, судъ этотъ высказалъ совершенно правильное мнѣніе, что къ брачнымъ дѣламъ должны быть примѣнены общія начала состязательнаго процесса по гражданскимъ дѣламъ и, разсмотрѣвъ доказательства истцовъ, нашелъ, что они представляютъ только сомнѣнія и предположенія, недостаточныя для признанія правильности ихъ иска. Но дѣло Стадлеровъ, какъ мы видѣли, не только могло, но и должно было быть возбуждено въ уголовномъ порядкѣ, для котораго немногія улики составляютъ достаточное основаніе къ началію слѣдствія, а слѣдствіе могло бы привести къ совершенно иному результату относительно иска Стадлеровъ. Этихъ аномалій не было бы, еслибъ въ ст. 1338 было опредѣлено точнѣе отношеніе гражданскаго суда по дѣламъ брачнымъ какъ къ духовному, такъ и къ уголовному суду, и еслибъ,

во избѣжаніе указанныхъ недоумѣній, было установлено, что гражданскій искъ по брачному дѣлу, подлежащему предварительному разсмотрѣнію уголовнаго суда, не можетъ быть начатъ непосредственно въ гражданскомъ судѣ. Только такимъ путемъ, какъ намъ кажется, можно предотвратить практическія неудобства ст. 1338.

2. На основаніи ст 1011 уст. угол. суд. „когда при разсмотрѣніи въ духовномъ вѣдомствѣ дѣлъ, заключающихъ въ себѣ нарушенія церковныхъ правилъ, откроются преступленія, подлежащія суду уголовному, то духовныя правительства сообщаютъ о томъ состоящимъ при окружныхъ судахъ прокурорамъ, которые при дальнѣйшемъ направленіи дѣлъ поступаютъ по установленному порядку“. Статья эта, какъ видно изъ мотивовъ къ ней, имѣетъ такой же принципіальный характеръ для опредѣленія отношеній между духовнымъ и уголовнымъ судомъ, какъ ст. 1338 уст. гр. суд. для отношеній судовъ гражданскаго и духовнаго. Но она также мало удовлетворительна по редакціи и содержанію какъ и ст. 1338.

Она возбуждаетъ слѣдующія недоумѣнія. Во первыхъ, тутъ говорится объ открытіи уголовныхъ обстоятельствъ лишь при разсмотрѣніи дѣлъ о нарушеніи церковныхъ правилъ, но такія обстоятельства могутъ открыться и при производствѣ напр. дѣлъ о расторженіи браковъ. Нѣтъ никакого основанія освободить въ этомъ случаѣ духовное вѣдомство отъ передачи прокурору уголовныхъ обстоятельствъ, но по буквальному смыслу ст. 1011 консисторіи могутъ въ такихъ случаяхъ и не передавать дѣлъ свѣтскому суду.

Въ вторыхъ, сомнительнымъ является слѣдующій случай: Есть такія брачныя дѣла, за которыя хотя и полагается общее наказаніе, опредѣляемое уголовнымъ судомъ, но они поступаютъ на разсмотрѣніе этихъ судовъ лишь по окончаніи надъ виновными суда духовнаго (ст. 1014 и 1015 уст. угол. суд.). Спрашивается, если подобное уголовное обстоятельство будетъ усмотрѣно духовнымъ вѣдомствомъ при разборѣ какого-нибудь дѣла, то можетъ ли оно приступить само къ разсмотрѣнію этого уголовнаго обстоятельства или должно передать его на усмотрѣніе уголовнаго суда, отъ котораго должно во всякомъ случаѣ зависѣть, на основаніи ст. 1011, первоначальное возбужденіе каждаго уголовно-брачнаго дѣла?

Менѣе сомнительнымъ представляется другой случай, когда

духовнымъ вѣдомствомъ усмотрѣно будетъ обстоятельство, клонящееся къ обвиненію кого-либо въ многобрачіи или кровосмѣшеніи. Эти дѣла разрѣшаются уголовнымъ судомъ прежде духовнаго и потому должны быть переданы на разсмотрѣніе перваго. Но тутъ является слѣдующая странность. Упомянутыя дѣла разрѣшаются уголовнымъ судомъ не иначе, какъ по истребованіи свѣдѣній отъ духовнаго вѣдомства насчетъ факта двоебрачія или кровосмѣшенія (ст. 1013 уст. угол. суд.), Спрашивается, можетъ ли духовное вѣдомство, передавая прокурору усмотрѣнное имъ обстоятельство многобрачія или кровосмѣшенія, передавать вмѣстѣ съ тѣмъ и тѣ свѣдѣнія, которыя потребуются потомъ уголовному суду для разрѣшенія дѣла? Такъ какъ возбужденіе уголовнаго преслѣдованія и первоначальное разрѣшеніе по этимъ дѣламъ принадлежитъ уголовному суду, то надо полагать, что духовное вѣдомство можетъ давать свое заключеніе по нимъ лишь тогда, когда оно будетъ потребовано у нихъ уголовнымъ судомъ. Но не странно ли въ такомъ случаѣ это усложненіе порядка производства дѣлъ и напрасное увеличеніе переписки, труда и времени для производства упомянутыхъ дѣлъ? Такъ какъ въ сущности рѣшеніе суда зависитъ отъ свѣдѣній о многобрачіи или кровосмѣшеніи, которыя могутъ быть доставлены церковнымъ вѣдомствомъ, то казалось бы, что такое направленіе дѣлъ по обвиненіямъ въ этихъ преступленіяхъ, если они усмотрѣны духовнымъ вѣдомствомъ при производствѣ какого нибудь дѣла, нельзя считать цѣлесообразнымъ.

3. Отсутствіе единства, послѣдовательности и одной руководящей идеи въ законахъ, опредѣляющихъ отношенія духовнаго суда къ свѣтскому, замѣчаются на каждомъ шагу. Мы видѣли уже что отношенія эти имѣютъ не одинъ, а 3 главныхъ типа, не говоря о нѣкоторыхъ второстепенныхъ видоизмѣненіяхъ главныхъ формъ. Трудно понять, чѣмъ обусловливается въ большинствѣ случаевъ это разнообразіе взаимныхъ отношеній между духовными и свѣтскими судами по производству брачныхъ дѣлъ. Такъ напр. по закону 1836 г. дѣла о многобрачіи производились предварительно въ духовномъ вѣдомствѣ, а по окончаніи надъ виновными суда духовнаго поступали къ свѣтскимъ судамъ для опредѣленія уголовнаго наказанія. Но съ 1850 года порядокъ этотъ замѣненъ нынѣ существующимъ, по которому дѣла эти разсматриваются съ самаго начала свѣтскими судами, требующими только свѣдѣній

у духовнаго начальства. Но порядокъ, существовавшій до 1850 г. для дѣлъ о многобрачіи, удержанъ до сихъ поръ для дѣлъ о вступленіи въ бракъ съ нехристіанами, въ недозволенныхъ степеняхъ родства и въ четвертый бракъ. Спрашивается, какое разумное основаніе можно найти для того факта, что нѣкоторыя брачныя дѣла (о многобрачіи и кровосмѣшеніи) признаны подлежащими вѣдомству общихъ судовъ, а другія—дѣлами смѣшанной подсудности, и церковной, и общей? Съ одной стороны многобрачіе составляетъ преступленіе противъ церкви, да еще болѣе тяжкое, чѣмъ напр. вступленіе въ четвертый бракъ. Съ другой стороны, вторая категорія нарушеній церковныхъ правилъ о бракѣ влечетъ за собой уголовную отвѣтственность, по уложенію о наказаніяхъ также, какъ и первая категорія. Между тѣмъ дѣла о многобрачіи и кровосмѣшеніи, составляющія болѣе важныя церковныя преступленія, признано возможнымъ считать подвѣдомыми общимъ судамъ, а менѣе важныя дѣла подчинены въ большихъ размѣрахъ духовному суду и преслѣдуются двумя родами наказаній: опредѣляемыми духовными судами по законамъ церкви и свѣтскими судами по уголовнымъ законамъ. Несправедливость и непослѣдовательность этой системы очевидна.

Единственное объясненіе, которое можно дать этой непослѣдовательности закона, есть историческое. Дѣло въ томъ, что законодательство наше, какъ мы увидимъ ниже, съ давнихъ поръ медленно, но постепенно стремится къ тому, чтобъ съузить кругъ вѣдомства духовнаго суда по дѣламъ брачнымъ, особенно что касается уголовной стороны этихъ дѣлъ, и передать возможно большее число брачныхъ дѣлъ свѣтскимъ судамъ, преимущественно уголовнымъ. Законъ 1850 г., подъ вліяніемъ этого направленія, совершилъ такъ сказать секуляризацію дѣлъ о многобрачіи и кровосмѣшеніи, хотя только отчасти; но какъ обыкновенно бываетъ въ историческомъ ходѣ развитія правовой идеи, новая идея проявляется сперва лишь въ немногихъ фактахъ, въ видѣ исключенія изъ уцѣлѣвшихъ правовыхъ нормъ, построенныхъ на другихъ началахъ. Законъ 1850 г. поэтому ограничился двумя родами брачныхъ дѣлъ, хотя въ основѣ его лежитъ идея одинаково примѣнимая ко всѣмъ вообще брачнымъ дѣламъ, именно предоставленіе рѣшающей власти по этимъ дѣламъ судамъ свѣтскимъ и ограниченіе дѣятельности духовнаго вѣдомства ролью эксперта, доставляющаго свѣтскому суду необходимыя свѣдѣнія о церковной сто-

ропѣ брачныхъ дѣлъ. Но это объясненіе не устраняетъ, разумѣется, ни ненормальности существующихъ законовъ въ этомъ отношеніи, ни необходимости послѣдовательнаго проведенія принципа закона 1850 г. на всѣ вообще брачныя дѣла. Это тѣмъ болѣе необходимо, что по отношенію къ тѣмъ изъ брачныхъ дѣлъ, которыя подлежатъ вѣдомству гражданскихъ судовъ, ст 1338 уст. гр. суд. признаетъ въ сущности тотъ принципъ, который лежитъ въ основаніи закона 1850 г., т. е. преюдиціальность духовнаго суда и подчиненное его положеніе относительно свѣтскаго суда, хотя практическое осуществленіе этого принципа парализуется уцѣлѣвшими до сихъ поръ другими правилами, расширяющими предѣлы власти духовнаго суда.

4. Неясность и неопредѣленность правилъ, опредѣляющихъ порядокъ производства брачныхъ дѣлъ въ различныхъ судахъ, достаточно видны изъ предъидущихъ замѣчаній, но этими замѣчаніями далеко не исчерпывается все, что можно сказать по этому предмету.

Такъ напр. по ст. 1012 уст. угол. суд. дѣла о насиліи, обманѣ и сумасшествіи при бракахъ поступаютъ изъ уголовнаго суда въ духовный судъ для опредѣленія о дѣйствительности или недѣйствительности брака. Относительно же дѣлъ о многобрачіи и кровосмѣшеніи въ ст. 1013 не упоминается о томъ, что они изъ уголовнаго суда съ такой же цѣлью переходятъ въ судъ духовный. Изъ этого можно было бы заключить, что означенныя дѣла рѣшаются окончательно въ судѣ уголовномъ, даже относительно вопроса о дѣйствительности брака. Это тѣмъ правдоподобнѣе, что въ дѣлахъ этихъ уголовный судъ требуетъ предварительно свѣдѣній отъ духовнаго начальства и потому имѣетъ всѣ данныя для сужденія о всѣхъ сторонахъ брачнаго дѣла. Но мы знаемъ, что сужденіе о законности и дѣйствительности браковъ составляетъ у насъ предметъ вѣдѣнія исключительно духовнаго суда и потому должны признать, что ст. 1013 уст. угол. суд. представляетъ недомолвку, могущую однако подать поводъ къ недоумѣніямъ. Такимъ образомъ истолковалъ ст. 1013 св. синодъ въ указѣ 26 февраля 1866 г. Въ этомъ же смыслѣ редактирована была въ 1865 г. ст. 449 1-ой книги св. воен. пост. о производствѣ въ военно-уголовномъ судѣ дѣлъ о многобрачіи и кровосмѣшеніи.

Неясность представляется въ законѣ и относительно того, что именно должно доставлять духовное вѣдомство свѣтскому суду въ

опредѣленныхъ закономъ случаяхъ. По ст. 807 т. X ч. 2 въ дѣлахъ о многобрачіи уголовный судъ требуетъ отъ духовнаго точныя *свѣдѣнія* о совершеніи втораго брака при существованіи перваго, а по дѣламъ о кровосмѣшеніи уголовный судъ требуетъ *свѣдѣній и мнѣнія* отъ суда духовнаго. На этомъ основаніи г. Побѣдоносцевъ говоритъ, что вообще уголовный судъ при разсмотрѣніи брачныхъ дѣлъ требуетъ отъ духовнаго начальства *свѣдѣній и мнѣнія* о дѣйствительности брака [1]). Но въ ст. 1013 уст. угол. суд. говорится только о *свѣдѣніяхъ*, доставляемыхъ духовнымъ начальствомъ по этимъ дѣламъ. И такъ какъ судебные уставы не измѣнили отношеній между духовнымъ и свѣтскими судами, то является вопросъ: въ чемъ должно заключаться содѣйствіе духовнаго суда свѣтскому при разрѣшеніи дѣлъ о многобрачіи и кровосмѣшеніи, въ доставленіи ли однихъ фактическихъ данныхъ, или также въ изложеніи своего мнѣнія и оцѣнки этихъ фактовъ? Этотъ вопросъ имѣетъ въ особенности значеніе въ тѣхъ случаяхъ, когда факты, дающіе поводъ къ обвиненію въ многобрачіи или кровосмѣшеніи, представляются сомнительными съ канонической точки зрѣнія. Такъ какъ свѣтскій судъ не компетентенъ и не вправѣ разрѣшать спорные каноническіе вопросы, то заключеніе духовнаго вѣдомства является необходимымъ. Но спрашивается, въ какой мѣрѣ заключеніе это обязательно для свѣтскаго суда? Вопросъ этотъ не разрѣшается и ст. 811 т. X ч. 2, въ силу которой въ дѣлахъ гражданскихъ свѣтскій судъ рѣшаетъ дѣла брачныя „на основаніи сообщенныхъ ему духовнымъ начальствомъ свѣдѣній и заключенія онаго". Слова эти не объясняютъ, въ какомъ отношеніи находится гражданскій судъ къ заключенію духовнаго начальства: долженъ ли онъ принять его какъ преюдиціальное судебное рѣшеніе по извѣстнымъ спорнымъ фактамъ, или какъ мнѣніе экспертовъ по каноническимъ вопросамъ, мнѣніе, для свѣтскаго суда необязательное. Въ гражданскихъ дѣлахъ однакожъ нѣтъ сомнѣнія, что заключенія духовнаго суда, какъ касающіяся вопросовъ о дѣйствительности и законности браковъ, предоставленныхъ самостоятельному и исключительному вѣдѣнію суда духовнаго, обязательны для гражданскаго суда. Но въ дѣлахъ уголовныхъ, гдѣ духовный судъ доставляетъ свѣтскому только свѣдѣнія и мнѣнія, а не рѣшеніе,

[1]) Курсъ гражданскаго права, ч. 2, стр. 77.

вопросъ о силѣ этихъ мнѣній остается открытымъ. Еще одинъ примѣръ неясности разсматриваемыхъ нами законовъ, именно относительно производства дѣлъ о безвѣстномъ отсутствіи супруговъ, былъ разобранъ нами выше, причемъ мы видѣли, что неясность эта даетъ поводъ къ практическимъ нарушеніямъ основныхъ началъ судебной реформы.

5. Замѣчаніе относительно значенія свѣдѣній, доставляемыхъ духовными судами суду уголовному въ дѣлахъ о многобрачіи и кровосмѣшеніи, приводитъ насъ къ важнѣйшему, съ юридической точки зрѣнія, недостатку существующихъ отношеній между духовной и свѣтской юрисдикціей по брачнымъ дѣламъ, къ необходимости логическаго противорѣчія между рѣшеніями тѣхъ и другихъ судовъ по одному и тому же брачному дѣлу. Предположимъ, напримѣръ, что противъ кого-нибудь возбуждено обвиненіе въ многобрачіи. Духовное начальство, по требованію уголовнаго суда, удостовѣряется, что преступленіе это несомнѣнно совершено. Присяжные, по внутреннему убѣжденію, однакожъ оправдываютъ обвиняемаго. Затѣмъ дѣло поступаетъ опять въ духовный судъ, который признаетъ второй бракъ недѣйствительнымъ, осуждаетъ *виновнаго* супруга на всегдашнее безбрачіе, если покинутый имъ супругъ по первому браку не захочетъ съ нимъ жить, и подвергаетъ его церковной эпитиміи. Такіе случаи уже бывали на практикѣ. Возможность ихъ была предусмотрѣна еще при обсужденіи судебныхъ уставовъ и тогда оберъ-прокуроръ св. синода настоялъ, чтобъ вычеркнуть изъ уст. угол. суд. статью 23 проекта о томъ, что приговоръ суда духовнаго необязателенъ для свѣтскаго. Но противорѣчіе однакожъ осталось въ дѣйствительности, хотя и не бросается въ глаза въ самомъ уставѣ. Очевидно, что нельзя считать нормальнымъ такой порядокъ вещей, когда одинъ и тотъ же фактъ признается невмѣняемымъ въ одномъ судѣ, а въ другомъ даетъ поводъ къ суровымъ уголовнымъ карамъ (эпитимія и безбрачіе) и важнымъ гражданскимъ послѣдствіямъ (расторженіе брака). Но очевидно и то, что противорѣчіе это лежитъ въ самомъ существованіи двухъ разнородныхъ судовъ и двухъ системъ матеріальнаго права для одной и той же категоріи дѣлъ и не можетъ быть устранено никакимъ внѣшнимъ согласованіемъ статей закона. Этотъ органическій разладъ между рѣшеніями духовныхъ и свѣтскихъ судовъ по брачнымъ дѣламъ проявился особенно рѣзко съ преобразованіемъ нашихъ общихъ

судовъ. При старомъ судопроизводствѣ, когда духовные и свѣтскіе суды одинаково руководились теоріей формальныхъ доказательствъ и началами слѣдственнаго процесса, различія мнѣній между ними по брачному дѣлу, подлежавшему ихъ совмѣстному сужденію, трудно было ожидать. Но теперь въ общихъ судахъ процессъ построенъ на началахъ внутренняго убѣжденія и состязательнаго производства, а въ духовныхъ судахъ формальная теорія всегда будетъ преобладать, такъ какъ духовное вѣдомство связано принципомъ абсолютности и неизмѣняемости церковныхъ правилъ. Столкновенія между свѣтскими и духовными судами, при теперешнемъ состояніи дѣлъ, являются чѣмъ-то неизбѣжнымъ, необходимымъ.

Противорѣчіе это можетъ проявиться и относительно дѣлъ, перечисленныхъ въ ст. 1014 и 1015 уст. угол. суд. Дѣла эти производятся предварительно въ духовномъ судѣ, а потомъ передаются въ уголовный. Но гдѣ же гарантіи въ томъ, что лицо, признанное духовнымъ судомъ виновнымъ въ вступленіи въ четвертый бракъ напр., не будетъ оправдано по тому же обвиненію въ уголовномъ судѣ? Вѣдь хотя въ уставѣ угол. суд., благодаря настояніямъ оберъ-прокурора св. синода, и нѣтъ прямо выраженнаго правила о томъ, что приговоръ духовнаго суда необязателенъ для свѣтскаго, но это само собою разумѣется, такъ какъ ст. 23 проекта уст. угол. суд. вычеркнута была только для предупрежденія соблазна отъ рѣзкаго обозначенія необязательности рѣшеній духовныхъ судовъ для свѣтскихъ уголовныхъ; необязательность же эта вытекаетъ изъ сущности уголовной юрисдикціи.

На практикѣ указанное разногласіе обнаружилось уже и по другому пункту. Существующими законами признается за общее правило, что сужденіе объ отвѣтственности духовныхъ лицъ за незаконное совершеніе брака во всякомъ случаѣ принадлежитъ духовному суду. Какія неудобства могутъ произойти иногда отъ этого правила—видно изъ слѣдующаго случая. Недавно въ петербургской судебной палатѣ производилось апелляціонное дѣло по обвиненію крестьянина Елисѣева въ похищеніи дѣвицы Тимофѣевой для вступленія съ нею въ бракъ. При производствѣ дѣла оказалось, что Тимофѣева дочь раскольника, что Елисѣевъ увезъ ее съ ея согласія и священникъ вѣнчалъ ее безъ согласія родителей на основаніи существующаго по церковному вѣдомству правила (инструкція благочиннымъ, ст. 18 прим. 1), что дѣти рас-

кольниковъ могутъ вступать въ бракъ съ православными безъ согласія своихъ родителей. Окружный судъ и судебная палата признали Елисѣева виновнымъ во вступленіи въ бракъ съ Тимофѣевой безъ согласія ея родителей и приговорили его къ уголовному наказанію [1]). Они поступили, конечно, правильно, такъ какъ уголовный законъ не дѣлаетъ для раскольниковъ изъятія изъ правила о необходимости согласія родителей для вступленія въ бракъ и о наказаніи за нарушеніе этого требованія; административныя же распоряженія духовнаго вѣдомства не могутъ въ глазахъ суда отмѣнять положительный законъ. Но съ другой стороны священникъ, вѣнчавшій Елисѣева съ Тимофѣевою, не будетъ подвергнутъ своимъ начальствомъ никакому взысканію за это, такъ какъ онъ дѣйствовалъ на основаніи духовныхъ и церковныхъ правилъ.

Такимъ образомъ выходитъ, что бракъ, признаваемый уголовнымъ судомъ неправильнымъ и влекущимъ за собой уголовную отвѣтственность для лицъ вступившихъ въ оный, духовнымъ судомъ признается вполнѣ законнымъ и священникъ за совершеніе его не подвергается никакому взысканію, еслибъ даже онъ подвергался вообще наказанію за совершеніе брака безъ согласія родителей вѣнчаемыхъ. Между тѣмъ справедливость требуетъ, чтобъ неправильно совершенный бракъ подвергалъ большей отвѣтственности духовныхъ лицъ его совершающихъ, чѣмъ самихъ вѣнчаемыхъ, такъ какъ первые, по своему положенію и долгу службы, скорѣе могутъ и должны знать правила о бракѣ и наблюдать за точнымъ ихъ исполненіемъ.

Этихъ замѣчаній, кажется, достаточно для того, чтобъ убѣдиться какъ запутанны, непослѣдовательны и подчасъ несправедливы существующія правила о производствѣ брачныхъ дѣлъ въ духовныхъ и свѣтскихъ судахъ. Чтоже сдѣлано комитетомъ 12 января 1870 г. для улучшенія этихъ правилъ? Въ отвѣтъ на это мы должны сказать, что, къ сожалѣнію, сколько намъ извѣстно, сдѣлано немного, и это немногое заключается въ слѣдующемъ.

Во первыхъ, комитетъ установилъ тотъ принципъ, что дѣятельность духовнаго начальства по тѣмъ изъ брачныхъ дѣлъ, которыя вѣдаются въ уголовныхъ судахъ, есть не судебная, а административная функція. Поэтому комитетъ проектировалъ распро-

[1]) „Новое Время“ за 1872 г., № 23.

страненіе принципа закона 1850 г. на всѣ уголовно-брачныя дѣла, т. е. подчиненіе дѣлъ, перечисленныхъ въ ст. 1014 и 1015 уст. уг. суд., порядку, указанному въ ст. 1013, съ тѣмъ притомъ измѣненіемъ, что послѣ уголовнаго суда дѣла эти поступаютъ не въ духовный судъ, а къ епархіальному начальству, т. е. къ духовно-административной власти, что означаетъ шагъ впередъ въ дѣлѣ секуляризаціи брачныхъ дѣлъ.

Во вторыхъ, комитетъ предложилъ подчинить дѣла о расторженіи браковъ по безвѣстному отсутствію гражданскимъ судамъ, съ тѣмъ, чтобъ по окончаніи въ гражданскомъ судѣ производства о безвѣстномъ отсутствіи дѣла эти поступали къ епархіальному начальству для расторженія брака.

Въ третьихъ, комитетъ предложилъ измѣнить порядокъ производства дѣлъ о расторженіи браковъ, по неспособности одного изъ супруговъ къ брачному сожитію, слѣдующимъ образомъ. Первоначальное заявленіе о разводѣ дѣлается архіерею, и въ случаѣ безуспѣшности его попытокъ къ примиренію супруговъ, дѣло переходитъ въ гражданскій судъ, который разрѣшаетъ судебнымъ порядкомъ вопросъ о неспособности и сообщаетъ архіерею для расторженія имъ брака.

Въ четвертыхъ, комитетъ нашелъ существованіе двоякой подсудности по дѣламъ о прелюбодѣяніи ненормальнымъ и производство такихъ дѣлъ, какъ и о неспособности къ брачному сожитію, неудобнымъ для духовныхъ судовъ. Поэтому онъ предлагаетъ подчинить эти дѣла одному свѣтскому суду, если архіерею не удастся предварительно примирить супруговъ, съ тѣмъ разумѣется, что по окончаніи уголовнаго суда дѣло передано будетъ архіерею для расторженія брака, если ему опять-таки не удастся и тогда помирить супруговъ.

Въ пятыхъ, комитетъ предположилъ установить правило, что дѣла о законности рожденій и удостовѣреніи дѣйствительности браковъ, когда факты эти представляются сомнительными, производятся въ гражданскомъ судѣ, требующемъ нужныя свѣдѣнія у духовнаго начальства. Основная мысль всѣхъ этихъ измѣненій, предлагаемыхъ комитетомъ, очевидно заключается въ томъ, чтобъ уменьшить власть духовнаго начальства по брачнымъ дѣламъ, отнявъ у ней характеръ судебной власти, и подчинить его до нѣкоторой степени общимъ судамъ. Комитетъ, какъ мы замѣтили,

идетъ въ этомъ отношеніи по историческому пути нашего законодательства относительно брачныхъ дѣлъ.

Но сообразивъ предположенія комитета съ указанными выше вкратцѣ недостатками существующихъ законовъ по этому предмету, не трудно убѣдиться, что первыя далеко не устраняютъ всѣхъ послѣднихъ. Предположенія комитета, если и получатъ силу закона, не уничтожатъ ни сложности и обременительности производства брачныхъ дѣлъ, ни многихъ столкновеній и недоразумѣній между духовнымъ и свѣтскимъ судомъ, ни (что всего важнѣе) вреднаго преобладанія церковнаго элемента въ нашемъ семейномъ правѣ. Винить въ этомъ комитетъ невозможно, потому что корень зла лежитъ не въ процессуальныхъ правилахъ, а въ матеріальномъ семейномъ правѣ, насквозь пропитанномъ у насъ церковнымъ элементомъ, а комитетъ не имѣлъ возможности наложить руку на матеріальную часть нашего семейнаго законодательства. Чтобъ убѣдиться въ этомъ, перейдемъ къ характеристикѣ нашего семейнаго права въ томъ видѣ, какъ оно сложилось подъ вліяніемъ церковнаго законодательства и церковныхъ идей. Характеристика эта убѣдитъ насъ въ томъ, что реформа судопроизводства по брачнымъ дѣламъ не можетъ привести къ предполагаемой цѣли, если рядомъ съ ней не будетъ предпринята реформа матеріальнаго семейнаго права, какъ совокупности нормъ, обусловливающихъ тотъ или другой характеръ дѣятельности судебныхъ мѣстъ по брачнымъ дѣламъ. Въ виду предпринимаемой теперь реформы духовно-судебной части весьма не мѣшаетъ, какъ намъ кажется, принять къ свѣдѣнію это обстоятельство.

III.

Преобладающее значеніе церковнаго элемента въ семейномъ правѣ отзывается весьма неблагопріятно на нашемъ законодательствѣ о семейномъ союзѣ во многихъ отношеніяхъ. Съ внѣшней, формальной стороны одновременное существованіе двухъ источниковъ семейнаго права — церковнаго и государственнаго, имѣетъ своимъ послѣдствіемъ разбросанность и нерѣдко противорѣчивость этого отдѣла гражданскаго права. Въ этомъ можно убѣдиться изъ слѣдующихъ данныхъ. Вообще было бы грубой ошибкой предполагать, что даже тамъ гдѣ гражданскіе законы, изложенные въ 1-ой книгѣ X тома, не дѣлаютъ ссылки на церковныя правила,

опи действительно исчерпывают собой содержаніе действующаго у насъ семейнаго права. На самомъ дѣлѣ, рядомъ съ правилами X тома существуетъ цѣлая масса другихъ постановленій значительно видоизмѣняющихъ характеръ нашего семейнаго права сравнительно съ тѣмъ, какъ оно представляется намъ въ однихъ гражданскихъ законахъ. Такъ напр. послѣдніе съ точностью опредѣляютъ, какія лица и при какихъ условіяхъ не могутъ вступать въ бракъ (ст. 2—28 и 37 т. X ч. I). Но независимо отъ этихъ правилъ по вѣдомству православнаго духовенства дѣйствуетъ еще уставъ духовныхъ консисторій 1841 г. и инструкція благочиннымъ, издаваемая отъ времени до времени св. синодомъ, и другія узаконенія, нисколько не согласованныя съ правиламъ X тома. По инструкціи благочиннымъ 1806 г. запрещается вѣнчать лицъ не знающихъ закона Божія. Въ позднѣйшихъ изданіяхъ инструкціи объ этомъ не упоминается. Но канонисты утверждаютъ, что и теперь священникъ можетъ отложить вѣнчаніе, если женихъ или невѣста не знаетъ главныхъ молитвъ [1]). Въ силу той же инструкціи запрещается вѣнчать скопцовъ; правило это не вошло ни въ сводъ законовъ, ни въ послѣдующія изданія упомянутой инструкціи. На основаніи ст. 18 иструкціи благочиннымъ 1860 года благочинные наблюдаютъ, чтобъ священники не вѣнчали вообще *незаконныхъ* браковъ, каковыми признаются между прочимъ: браки кантонистовъ, браки между такими лицами, изъ которыхъ одно молодо а другое престарѣло. По церковному вѣдомству считается до сихъ поръ дѣйствующимъ закономъ указъ 19 мая 1821 г. о недозволеніи вступать въ бракъ воспитанникамъ казенныхъ учебныхъ заведеній до окончанія курса наукъ [2]). Ст. 37 т. X ч. 1 и соотвѣтствующая ей ст. 217 уст. дух. конс. не упоминаютъ въ числѣ незаконныхъ браковъ такихъ, которыя совершены дѣтьми безъ согласія родителей. Г. Побѣдоносцевъ выводитъ изъ этого, что нашъ законъ умалчиваетъ о томъ, возможно ли вѣнчаніе безъ согласія родителей [3]). Но въ ст. 18 инстр. благочин. браки дѣтей безъ согласія родителей прямо отнесены къ незаконнымъ, которыхъ священники не имѣютъ права совершать. Ст. 6 зак. гр. ста-

[1]) Парвовъ, практическое изложеніе церковно-гражданскихъ постановленій, 1868, стр. 111.

[2]) Уставъ духовныхъ консисторій, изд. Лиранова, стр. 380.

[3]) Курсъ гражд. права, ч. 2-я, стр. 25.

вить всѣмъ вообще дѣтямъ въ обязанность испрашивать согласіе родителей на вступленіе въ бракъ. Г. Побѣдосцевъ совершенно правильно заключаетъ изъ этой статьи, что и совершеннолѣтніе дѣти нуждаются въ согласіи родителей на ихъ бракъ [1]). Но ст. 18 инстр. благоч. признаетъ незаконными только браки дѣтей недостигшихъ „извѣстнаго возраста" (какого именно неизвѣстно), если не было согласія родителей. Въ X томѣ нѣтъ правила о томъ, чтобъ въ случаѣ расторженія брака по прелюбодѣянію, виновный супругъ обрекался на безбрачіе. Поэтому г. Побѣдоносцевъ полагаетъ, что такого правила нѣтъ въ настоящее время [2]). Мнѣніе это повторяетъ г. Спасовичъ, который видитъ въ этомъ важный шагъ впередъ на пути эманципаціи свѣтскаго законодательства изъ подъ вліянія церковныхъ идей [3]). Но въ ст. 256 уст. дух. конс. положительно выражено, что признанный по суду виновнымъ въ прелюбодѣяніи супругъ, по расторженіи брака, осуждается на всегдашнее безбрачіе. Тоже высказано въ пунктѣ г. ст. 217 того же устава. Относительно обязанности дѣтей испрашивать согласіе родителей на вступленіе въ бракъ X томъ не дѣлаетъ никакихъ изъятій. Но церковные законы (прим. 1 къ ст. 18 инст. благоч.) дозволяютъ дѣтямъ раскольниковъ, принимающимъ православіе вступать въ бракъ съ православными и безъ согласія родителей; и мы видѣли уже, что вслѣдствіе такого разногласія между церковными и гражданскими законами по этому предмету на практикѣ происходятъ весьма несправедливыя судебныя рѣшенія.

Въ 1-ой книгѣ зак. гр., основанной главнымъ образомъ на каноническихъ правилахъ и такихъ государственныхъ законахъ, которые только подтверждаютъ силу церковныхъ правилъ, не упоминается о томъ, чтобъ обманъ или ошибка въ лицѣ могъ сдѣлать бракъ недѣйствительнымъ. Поэтому гг. Мулловъ и Побѣдоносцевъ [4]) выводятъ существованіе у насъ такой нормы изъ общихъ соображеній и уголовныхъ законовъ. А между тѣмъ въ законѣ 21 марта 1851 г. о вознагражденіи за вредъ и убытки, основанномъ на началахъ чисто гражданскихъ, бракъ приравненъ

---

[1]) Тамъ же.

[2]) Тамъ же, стр. 29.

[3]) Журн. Гр. и Торг. Права за 1871 г., кн. I, стр. 139.

[4]) Архивъ Калачева, 1860 г., кн. 4, стр. 4 и курсъ гражд. права, ч. 2, стр. 76.

въ этомъ отношеніи ко всѣмъ другимъ гражданскимъ дѣйствіямъ и прямо выражено, что въ случаѣ признанія брака недѣйствительнымъ вслѣдствіе совершенія его по принужденію *или обману*, виновный обязанъ доставить другому супругу содержаніе и пр. (ст. 666 т. X ч. 1). Что законъ этотъ несогласованъ съ общими правилами семейнаго законодательства, видно еще изъ слѣдующаго обстоятельства. Въ законахъ о союзѣ семейственномъ между послѣдствіями расторженія браковъ нигдѣ не упоминается объ обязанности виновнаго супруга давать пропитаніе другому супругу. Г. Побѣдоносцевъ придерживаясь 1-ой книги X тома, тоже не упоминаетъ объ этомъ въ изложеніи послѣдствій расторженія браковъ [1]). А между тѣмъ обязанность эта несомнѣнно существуетъ въ силу ст. 666. Но этого мало. Не только церковныя правила видоизмѣняютъ и дополняютъ гражданскіе законы о союзѣ семейномъ, но сами правила эти не имѣютъ достаточной опредѣленности и точности, такъ что семейное право наше страдаетъ отсутствіемъ строгихъ юридическихъ нормъ. Дѣло въ томъ, что по самому свойству церковной юрисдикціи она не умѣетъ разграничивать область морали отъ области права и постоянно стремится распространять вліяніе церковно-моральныхъ идей и тенденцій на сферу права. Въ кормчей Василія Великаго эта основная мысль церковно-семейнаго законодательства выражена такимъ образомъ: „въ брацѣхъ не токмо повелѣнная, но и благолѣпная взыскуемъ". Отсюда канонисты наши выводятъ тотъ принципъ, что въ брачныхъ дѣлахъ слѣдуетъ избѣгать нетолько того, что запрещено положительнымъ закономъ, но и противнаго нравственности и религіи вообще [2]). Многіе факты доказываютъ, что это не теоретическое только воззрѣніе, но проникаетъ въ практику церковнаго суда и администраціи по семейнымъ дѣламъ. Отсюда напр. правило, что слишкомъ большое неравенство лѣтъ между женихомъ и невѣстой служитъ препятствіемъ къ совершенію брака [3]). Правило это отчасти проникло въ сводъ законовъ въ видѣ запрещенія вступать въ бракъ лицамъ имѣющимъ болѣе 80 лѣтъ отъ роду (ст. 4 т. X ч. 1).

Впрочемъ при неопредѣленности церковнаго правила о пре-

---

[1]) Тамъ же, стр. 77.

[2]) Обзоръ постановленій о бракѣ въ православной церкви (Правосл. Собесѣдникъ за 1859 г. кн. 2, стр. 371).

[3]) Тамъ же, стр. 375.

дѣлахъ неравенства лѣтъ, ограниченіе это, само по себѣ весьма разумное, теряетъ практическое значеніе, и браки такихъ лицъ, изъ которыхъ одно престарѣло, а другое очень молодо, къ сожалѣнію составляютъ у насъ явленіе довольно обыкновенное.

Гражданскій законъ предоставляетъ архіереямъ разрѣшать собственной властью браки лицъ вполнѣ достигшихъ установленнаго возраста (ст. 3 т. X ч. 1 по прод. 1863 г.) Затѣмъ изъ инструкціи благочиннымъ (ст. 18 п. б.), равнō какъ изъ ст. 37 и 39 зак. гр. видно, что рѣшительнымъ препятствіемъ ко вступленію въ бракъ служитъ лишь недостиженіе церковнаго совершеннолѣтія (15 лѣтъ для мущинъ, 13 для женщинъ). Но представители церковной власти иногда видоизмѣняютъ эти законы по религіозно моральнымъ соображеніямъ. По крайней мѣрѣ такой выводъ слѣдуетъ сдѣлать изъ распоряженія преосвященнаго донской епархіи относительно браковъ лицъ недостигшихъ гражданскаго совершеннолѣтія [1]).

Распоряженіе это весьма любопытно во многихъ отношеніяхъ и потому мы приведемъ его здѣсь цѣликомъ.

„Изъ поступающихъ ко мнѣ прошеній и частныхъ свѣдѣній, пишетъ преосвященный, оказывается, что многіе донскіе казаки и крестьяне, нерѣдко безъ всякой нужды, желаютъ сочетать дѣтей своихъ бракомъ тогда, когда они не достигли еще узаконеннаго для браковъ гражданскаго совершеннолѣтія. Поэтому я, заботясь о благѣ ввѣренной мнѣ паствы и всѣхъ чадъ ея, предложилъ донской консисторіи, отъ 28 апрѣля 1868 года, предписать священникамъ епархіи, дабы они „благоразумно объясняли своимъ прихожанамъ, что вступленіе въ бракъ въ очень молодыхъ лѣтахъ, до законнаго совершеннолѣтія, можетъ имѣть вредныя послѣдствія, какъ для юныхъ супруговъ, въ особенности женъ, такъ и для будущихъ дѣтей ихъ: ибо рожденіе дѣтей такими людьми, которые не достигли возмужалости, естественно можетъ истощать ихъ слабыя силы; а дѣти такихъ людей, какъ незрѣлый ранній плодъ, не могутъ имѣть нужной для нихъ здоровья физической крѣпости. Притомъ, могутъ ли хорошо воспитывать дѣтей своихъ въ физическомъ и нравственномъ отношеніяхъ тѣ люди, которые сами едва вышли изъ дѣтства и не имѣютъ надлежащаго понятія о ихъ родительскихъ обязанностяхъ? Во всякомъ случаѣ,

---

[1]) См. Самарскія Епарх. Вѣдом. за 1872 г. № 1.

касательно брака, какъ и другихъ предметовъ, гораздо лучше слѣдовать постановленію закона, который всегда издается правительствомъ на разумныхъ основаніяхъ и съ благою для насъ цѣлію". Между тѣмъ, почти каждый день поступаютъ ко мнѣ множество прошеній о дозволеніи не достигшимъ гражданскаго совершеннолѣтія вступить въ бракъ, притомъ часто по такимъ обстоятельствамъ, которыя не заслуживаютъ уваженія. Напримѣръ: одинъ проситъ дозволенія бракосочетать несовершеннолѣтнюю дочь его потому, что онъ пріискалъ для ней жениха; другой проситъ повѣнчать такого то несовершеннолѣтняго потому, что проситель желаетъ выдать за него дочь свою; иные ходатайствуютъ о повѣнчаніи несовершеннолѣтнихъ потому, что къ браку ихъ сдѣлано приготовленіе; а другіе потому, что совершеннолѣтіе ихъ исполнится въ рабочую пору, когда недосужно заниматься ихъ бракосочетаніемъ. Такихъ просителей я не могу удовлетворять и они напрасно обременяютъ меня излишнею перепискою, а самихъ себя подвергаютъ безполезнымъ расходамъ на составленіе прошеній и гербовую бумагу для нихъ. Поэтому предлагаю донской консисторіи предписать подвѣдомственнымъ священникамъ, чтобы они: 1) не опускали изъ виду вышеупомянутаго предложенія моего, въ свое время объявленнаго имъ духовною консисторіею, и надлежаще объясняли сказанное въ немъ тѣмъ прихожанамъ ихъ, которые захотятъ женить дѣтей или родственниковъ своихъ до совершеннолѣтія ихъ; 2) внушали при удобныхъ случаяхъ всѣмъ прихожанамъ своимъ, чтобы они, по изложеннымъ въ предложеніи моемъ причинамъ, не спѣшили женитьбою дѣтей своихъ, но ожидали для ней установленнаго закономъ совершеннолѣтія ихъ; 3) тщательно вникали въ семейное положеніе тѣхъ прихожанъ, которые будутъ просить о бракосочетаніи несовершеннолѣтнихъ дѣтей ихъ, и не свидѣтельствовали о необходимости повѣнчать сихъ дѣтей до совершеннолѣтія ихъ, если оной въ самомъ дѣлѣ не оказывается".

Законъ запрещаетъ вступать въ бракъ въ степеняхъ родства церковными законами возбраненныхъ (ст. 23 т. X ч. 1). Какія именно степени родства должны служить препятствіемъ ко вступленію въ бракъ это точно опредѣлено указомъ св. синода отъ 19 января 1810 г. и нѣкоторыми послѣдующими указами [1]. Но

[1]) Уставъ дух. конс., изд. Лиманова, стр. 228 и слѣд.

несмотря на чрезвычайную строгость правилъ православной церкви по этому предмету духовенство нѣкоторыхъ епархій идетъ дальше существующихъ церковныхъ законовъ въ ограниченіи браковъ между родственниками. Такъ напр. еще недавно самарскій архіерей, вслѣдствіе жалобы одного лица, предписалъ консисторіи обратить вниманіе на то, отчего духовенство самарской епархіи не вѣнчаетъ браковъ между лицами, состоящими, въ 8-ой степени родства. Консисторія, разсмотрѣвъ этотъ вопросъ, нашла что священники далеко простирали предѣлы недозволенныхъ браковъ противъ существующихъ церковныхъ постановленій [1]). Ст. 666 т. X ч. 1 опредѣляетъ, что по признаніи церковнымъ судомъ брака недѣйствительнымъ вслѣдствіе обмана или насилія, виновный въ томъ супругъ обязывается къ содержанію другаго супруга до вторичнаго брака или смерти. На практикѣ, какъ замѣчаетъ г. Демисъ, обращается при этомъ вниманіе на то, въ какой мѣрѣ бракъ совершенъ со стороны обманутаго супруга въ *доброй вѣрѣ* и съ соблюденіемъ всѣхъ правилъ установленныхъ для предупрежденія незаконныхъ браковъ, напр. вѣнчаніе въ своемъ, а не чужомъ приходѣ [2]).

Эти факты приводятъ насъ къ разсмотрѣнію другаго капитальнаго недостатка духовной юрисдикціи по семейнымъ дѣламъ—страшной централизаціи всей судебной и административной церковной власти въ лицѣ епархіальныхъ начальниковъ. Мы видѣли уже, что вопросъ о децентрализаціи духовной власти возбуждаетъ самые горячіе споры при обсужденіи проекта духовно-судебной реформы и составляетъ чуть ли не самый капитальный вопросъ въ этой реформѣ. По существующему въ настоящее время порядку, хотя духовный судъ производится въ коллегіальныхъ присутственныхъ мѣстахъ—консисторіяхъ, но въ сущности вся судебная власть по дѣламъ, подлежащимъ этому суду, сосредоточена въ лицѣ епархіальныхъ начальниковъ. Но независимо отъ этого наше семейное право представляетъ епархіальнымъ начальникамъ необыкновенно широкія дискреціонныя права по брачнымъ дѣламъ. Права эти имѣютъ отношеніе или непосредственно къ частнымъ лицамъ, ставя въ извѣстныхъ случаяхъ ихъ интересы въ зависимость отъ личнаго усмотрѣнія епархіальнаго начальства, или къ

[1]) Самарскія Епарх. Вѣдом. 1872 г. № 3.

[2]) Юридическій Словарь, 1859 г., ч. I, стр. 150

священникамъ, которымъ вмѣняется въ обязанность дѣйствовать не собственной властью, а по усмотрѣнію все того же епархіальнаго начальства. Такъ напр. архіереямъ предоставлено право сократить на полгода необходимый по закону возрастъ для вступленія въ бракъ *по личному своему усмотрѣнію* (ст. 3 т. X ч. 1 по прод. 1863 г.). Что власть архіереевъ въ этомъ отношеніи примѣняется на практикѣ довольно часто, это мы видѣли изъ предложенія начальника донской епархіи, изъ котораго видно, что просьбы подобнаго рода поступали къ нему довольно часто, но что онъ съ своей стороны принялъ за правило не разрѣшать маловозрастнымъ браковъ. Въ этомъ распоряженіи нельзя найти, собственно говоря, ничего противозаконнаго. Коль скоро законъ ставитъ разрѣшеніе раннихъ браковъ въ безусловную зависимость отъ личнаго усмотрѣнія епархіальнаго начальника, то ничто не мѣшаетъ этому послѣднему принять за общее правило не удовлетворять подобныхъ просьбъ. Но ненормальность такого порядка вещей тѣмъ не менѣе очевидна.

На основаніи ст. 41 зак. гр., въ случаѣ расторженія брака по случаю существованія перваго брака одного изъ супруговъ, виновный супругъ можетъ оставаться въ брачномъ сожитіи съ покинутымъ имъ лицомъ только если получитъ на то согласіе своего духовнаго начальства. Г. Мулловъ справедливо замѣчаетъ, что въ данномъ случаѣ разрѣшеніе духовнаго начальства совершенно излишне и ведетъ только къ произволу [1]).

Практика церковнаго дѣлопроизводства распространяетъ еще эту дискреціонную власть архіереевъ далѣе установленныхъ закономъ предѣловъ. Такъ въ законѣ нигдѣ нѣтъ опредѣленія, что вступленіе въ третій бракъ обставлено какими нибудь особыми формальностями и затрудненіями. Между тѣмъ на практикѣ, по крайней мѣрѣ въ нѣкоторыхъ епархіяхъ, для вступленія въ третій бракъ требуется предварительное разрѣшеніе архіерея. Въ петербургской епархіи правило это отмѣнено только весьма недавно, причемъ имѣлось въ виду, что обычай этотъ не имѣетъ никакого основанія въ законѣ, а между тѣмъ весьма затруднителенъ для частныхъ лицъ [2]).

Впрочемъ, стремленіе подчинить свободу гражданъ въ брач-

---

[1]) Архивъ Калачева, ib. стр. 12.

[2]) „Русскій Міръ" № 56, за 1872 г.

ныхъ дѣлахъ опекѣ всякаго рода начальствъ составляетъ общую характеристическую черту нашихъ законовъ о союзѣ семейномъ. Такъ напр. на основаніи ст. 55 зак. гр. военнослужащіе и государственные крестьяне на подачу просьбъ о расторженіи браковъ должны имѣть разрѣшеніе своихъ начальствъ. Здѣсь опять таки не понятно, почему и для чего существуетъ эта обременительная формальность [1]).

Но во всемъ своемъ блескѣ централизація духовной власти по семейному праву проявляется въ отношеніяхъ епархіальнаго начальства къ низшимъ органамъ духовной власти—священнослужителямъ. Было время, когда ни одинъ бракъ не могъ быть совершаемъ священникомъ безъ разрѣшенія епархіальной власти, у которой брачущіеся должны были исхлопотать „вѣнечную память", т. е. дозволеніе вступить въ бракъ. Вѣнечныя памяти изменены только въ 1765 г., но и до настоящаго времени самостоятельная роль священнослужителей въ исполненіи своихъ обязанностей по совершенію браковъ чрезвычайно стѣснена во многихъ случаяхъ. Если при оглашеніи брака встрѣчаются какія нибудь препятствія, то какъ бы ясна ни была сущность этого препятствія, священникъ не можетъ разрѣшить его собственной властью, а долженъ представить на усмотрѣніе архіерея (ст. 29 зак. гр.). Если вѣнчаніе въ церкви представляется невозможнымъ, то оно можетъ быть произведено и въ частномъ домѣ, но не иначе, какъ съ разрѣшенія архіерея (ст. 31 зак. гр.). Само собою разумѣется, что въ отдаленныхъ и глухихъ мѣстностяхъ, гдѣ только этотъ законъ и можетъ имѣть практическое примѣненіе, разрѣшеніе архіерея можетъ быть получено лишь съ большимъ трудомъ; слѣдовательно, затрудненіе относительно невозможности вѣнчаній въ церкви почти не уничтожается ст. 31-й.

До 1840 г. браки православныхъ съ неправославными могли быть совершаемы лишь съ разрѣшенія архіерея [2]).

Практика церковной администраціи, глубоко проникнутая духомъ іерархическаго подчиненія, распространяетъ чрезвычайно далеко эту зависимость священнослужителей отъ епархіальной власти въ семейныхъ дѣлахъ. Такъ по указу синода отъ 28-го

[1]) Архивъ Калачева, ib. стр. 10.

[2]) Царевъ, практическое изложеніе церковно-гражданскихъ постановленій 1868 г., стр. 148.

марта 1859 г. вообще въ сомнительныхъ случаяхъ относительно степеней родства между брачущимися священники не должны разрѣшать ихъ по собственному усмотрѣнію, а ожидать разрѣшенія архіереевъ [1]). Такимъ образомъ, не смотря на то, что указъ 1810 г. довольно точно опредѣляетъ степени родства и свойства, могущія служить препятствіемъ къ вступленію въ бракъ, священники не признаются достаточно компетентными для того, чтобъ руководствоваться этимъ указомъ при сомнительныхъ случаяхъ, а должны каждый разъ обращаться за разрѣшеніемъ своихъ недоумѣній къ высшему начальству. Практика усвоила себѣ въ совершенствѣ этотъ основный мотивъ нашего церковнаго законодательства. Такъ мы видѣли уже, что духовенство самарской епархіи отказывалось совершать собственной властью браки въ такихъ степеняхъ родства, которыя положительно разрѣшены указомъ 1810 г. Истолкователи церковныхъ каноновъ идутъ еще дальше. Они утверждаютъ, напримѣръ, что хотя указъ 1810 г. ограничиваетъ запрещеніе брака по родству духовному узкими предѣлами, но такъ какъ синодскій указъ этотъ данъ на имя архіереевъ, а не распубликованъ во всеобщее свѣдѣніе, и такъ какъ родство духовное уважается въ народѣ, то, *дабы не сквернить совѣсть немощныхъ*, священники не должны совершать браковъ между лицами, состоящими хотя бы и въ самомъ отдаленномъ духовномъ родствѣ, безъ разрѣшенія архіереевъ [2]).

По ст. 65 т. X ч. 1 браки христіанъ неправославныхъ могутъ быть совершаемы и по православному обряду. Практика допускаетъ однако такіе браки, неизвѣстно на какомъ основаніи, лишь съ разрѣшенія епархіальнаго начальства [3]). Точно также на практикѣ требуется подобное разрѣшеніе въ случаяхъ, предусмотрѣнныхъ въ ст. 80 и 81 т. X ч. 1, т. е. когда одинъ изъ супруговъ обратился изъ іудейства или магометанства въ православіе и ему разрѣшается вступить въ новый бракъ вслѣдствіе нежеланія другаго супруга продолжать брачное съ нимъ сожитіе [4]). На основаніи ст. 23 инструкціи благочиннымъ священники не должны вѣнчать браки дѣтей безъ согласія родителей, не испросивъ предва-

[1]) Тамъ же, стр. 134.
[2]) Тамъ же, стр. 137.
[3]) Тамъ же, стр. 109.
[4]) Тамъ же, стр. 114.

рительно разрѣшенія архіерея [1]). Во всѣхъ этихъ случаяхъ требованіе архіерейскаго разрѣшенія не имѣетъ никакого основанія въ законѣ, не обусловливается общимъ характеромъ организаціи церкви у насъ.

Этотъ духъ зависимости въ духовенствѣ приводитъ къ тому, что въ ущербъ интересамъ частныхъ лицъ священники нерѣдко отказываютъ въ совершеніи такихъ браковъ, которые положительно дозволены закономъ, но почему либо кажутся имъ сомнительными. Одинъ примѣръ такого рода мы привели уже изъ самарской церковной практики. Другой случай этого рода былъ недавно въ минской епархіи. Священникъ отказалъ въ вѣнчаніи своей прихожанки съ иновѣрцемъ, прусскимъ подданнымъ, на основаніи ст. 67 т. X ч. 1, требующей въ подобныхъ случаяхъ особаго Высочайшаго разрѣшенія. Дѣло дошло до консисторіи, которая разрѣшила этотъ бракъ въ виду того, что ст. 67 отмѣнена уже мнѣніемъ государственнаго совѣта отъ 10-го февраля 1864 г. [2]).

Этихъ примѣровъ достаточно для того, чтобъ дать понятіе о томъ, въ какой мѣрѣ принципъ бюрократической централизаціи, столь сильно укоренившейся въ нашемъ духовномъ вѣдомствѣ вообще, повліялъ въ частности на наше семейное право. Система эта вдвойнѣ заслуживаетъ порицанія. Во первыхъ по тому, что она чрезвычайно стѣснительна для частныхъ лицъ. Каждый случай, требующій разрѣшенія епархіальнаго начальства при совершеніи браковъ (а такихъ случаевъ, какъ мы видѣли, очень много), влечетъ за собой „хожденіе“ по консисторіямъ. Кромѣ неизбѣжной при этомъ медленности, которая сама по себѣ можетъ быть сопряжена со многими неудобствами и непріятностями, тутъ не обходится безъ законныхъ и незаконныхъ расходовъ, ибо кому не извѣстно, какой неблагопріятной славой (и по большей части заслуженной) пользуются въ обществѣ консисторіи.

Во вторыхъ, это отсутствіе всякой самостоятельности въ приходскомъ духовенствѣ роняетъ его достоинство и рѣшительно не соотвѣтствуетъ тому положенію, которое оно должно бы занимать въ обществѣ. Въ настоящее время законодательство наше убѣдилось, что система централизаціи и безусловной во всемъ зависимости низшихъ органовъ власти отъ высшихъ не даетъ никакихъ

---

[1]) Обзоръ постановленій и пр., стр. 392.

[2]) Минскія Епархіальныя Вѣдомости, № 1, за 1872 г.

существенныхъ гарантій ни обществу, ни правительству, но приноситъ громадный вредъ во многихъ отношеніяхъ. Всѣ реформы послѣдняго времени построены именно на противоположномъ началѣ децентрализацій и возможно большей самостоятельности всѣхъ органовъ власти. Только въ одномъ духовномъ вѣдомствѣ удерживается до сихъ поръ система іерархической субординаціи со всѣми ея недостатками. Но если разъ извѣстный принципъ административной политики признанъ совершенно несостоятельнымъ, то задача законодателя заключается въ томъ, чтобъ исключить его изъ всѣхъ сферъ государственной жизни безъ различія. Въ данномъ случаѣ это тѣмъ болѣе справедливо, что предпринимается уже реформа духовно-судебной организаціи въ видахъ уравненія ея съ началами общей судебной организаціи причемъ имѣется въ виду поставить духовный судъ въ самостоятельное положеніе относительно епархіальной власти по дѣламъ, подвѣдомымъ духовно-судебной власти, т. е. между прочимъ и по нѣкоторымъ брачнымъ дѣламъ, преимущественно дѣламъ о расторженіи браковъ. Но спрашивается: почему только въ дѣлахъ *о расторженіи* браковъ епархіальная власть и принципъ централизаціи должны утратить свое преобладающее вліяніе, а въ дѣлахъ о *заключеніи* браковъ вліяніе это остается по прежнему во всей своей силѣ? Вѣдь общество гораздо болѣе заинтересовано въ возможно лучшемъ теченіи именно послѣднихъ дѣлъ, потому что браки гораздо чаще заключаются, чѣмъ расторгаются; почему же вредный принципъ централизаціи всей духовной власти въ лицѣ архіереевъ изгоняется изъ незначительной по объему сферы дѣлъ бракоразводныхъ и оставляется въ силѣ въ громадной массѣ дѣлъ о совершеніи браковъ? Само по себѣ очевидно, что въ основѣ двухъ однородныхъ институтовъ права, столь тѣсно связанныхъ между собой, какъ совершеніе и расторженіе брака, долженъ лежать одинъ и тотъ же, а не два противоположныхъ принципа, не говоря уже о крайне вредныхъ практическихъ результатахъ системы централизаціи, о которыхъ мы говорили уже выше.

Сколько намъ извѣстно, вопросъ этотъ вовсе не былъ поднятъ въ комитетѣ для преобразованія духовно-судебной части, и это можно объяснить тѣмъ что дѣла о совершеніи браковъ относятся къ числу не судебныхъ, а административныхъ дѣлъ по духовному вѣдомству; поэтому комитетъ, имѣющій своей задачей исключительно реформу духовно-судебной части, не могъ войти въ обсуж-

деніе недостатковъ существующихъ правилъ о совершеніи браковъ. Но если въ теоріи такое разграниченіе имѣетъ дѣйствительный смыслъ, то для практики оно нисколько не удовлетворительно. Трудно будетъ понять и согласовать на практикѣ такое существенное различіе между дѣятельностью духовнаго вѣдомства по дѣламъ бракоразводнымъ съ одной стороны и дѣламъ о заключеніи браковъ съ другой, какое неминуемо послѣдуетъ со введеніемъ духовно-судебной реформы, если порядокъ производства дѣлъ о совершеніи браковъ останется безъ всякихъ измѣненій. Можно сказать даже, что чѣмъ благотворнѣе будетъ, сравнительно съ существующимъ порядкомъ, дѣятельность преобразованныхъ духовныхъ судовъ, чѣмъ лучше привьется къ нимъ независимость мѣстной духовной власти отъ вліянія епархіальнаго начальства, тѣмъ ощутительнѣе будутъ важные недостатки существующихъ правилъ о совершеніи браковъ.

Указавъ такимъ образомъ на тѣ специфическія особенности, которыя церковное законодательство перенесло въ нашу систему семейнаго права, мы скажемъ еще нѣсколько словъ объ общемъ вліяніи церковнаго элемента на эту часть гражданскаго права. Нѣтъ ни одного законодательства, въ которомъ церковная сторона брака преобладала бы въ такой степени надъ гражданской, или лучше сказать поглощала бы эту послѣднюю, какъ въ законодательствѣ русскомъ. Даже римско-католическіе отцы церкви, болѣе чѣмъ кто либо выдвинувшіе религіозную сторону брака, не опущали однакожъ юридической стороны въ самомъ актѣ вступленія въ бракъ и не забывали отдѣлять церковную сторону брака отъ гражданской. Такъ Ѳома Аквинскій говоритъ о бракѣ слѣдующимъ образомъ: in quantum est officium naturae statuitur jure naturali, in quantum est officium communitatis statuitur jure civili; in quantum est sacramentum statuitur jure divino [1]. У насъ же законъ нигдѣ прямо не признаетъ юридической стороны въ бракѣ, а напротивъ ведетъ къ тому заключенію, что онъ считаетъ бракъ исключительно религіознымъ учрежденіемъ. Правда, первая книга X тома, о правахъ и обязанностяхъ семейственныхъ, какъ извѣстно, не содержитъ никакого опредѣленія брака; но такимъ опредѣленіемъ можно считать выраженное въ другомъ мѣстѣ правило, что „бракъ во всѣхъ вѣроисповѣданіяхъ, терпи-

---

[1]) Zissot le mariage, la séperature de corps et le divorce, 1868 p. 147.

мыхъ въ Россійской Имперіи, признается законнымъ, когда оный совершенъ по правиламъ и обрядамъ ихъ вѣры" (ст. 1113 т. X ч. 1). Здѣсь о соблюденіи гражданскихъ законовъ относительно союза брачнаго, какъ необходимомъ условіи для законности брака, вовсе не упоминается, а признается необходимымъ только соблюденіе религіозныхъ правилъ; изъ этого можно заключить, что въ глазахъ законодателя бракъ считается исключительно церковнымъ таинствомъ. Это общее правило повторено въ спеціальномъ видѣ относительно нехристіанъ въ ст. 90 т. X ч. 1, опредѣляющей, что „каждому племени и народу дозволяется вступать въ бракъ по правиламъ ихъ закона, или по принятымъ обычаямъ", о соблюденіи гражданскихъ законовъ здѣсь опять таки не упоминается. Съ перваго взгляда опредѣленіе, даваемое въ этихъ статьяхъ браку, можетъ показаться невѣрнымъ. Дѣло въ томъ, что первая книга X тома содержитъ рядъ правилъ о совершеніи браковъ, основанныхъ на государственныхъ узаконеніяхъ и соблюденіе которыхъ необходимо при заключеніи браковъ. Казалось бы поэтому, что ст. 1113 грѣшитъ противъ дѣйствительности, ставя законность браковъ въ зависимость единственно отъ соблюденія церковныхъ правилъ. Но это только такъ кажется. На самомъ дѣлѣ всѣ постановленія о бракѣ, содержащіяся въ законахъ гражданскихъ, имѣютъ церковный характеръ въ томъ смыслѣ, что государство, нормируя въ своихъ постановленіяхъ бракъ всегда сообразовалось при этомъ съ религіозными правилами. Мы знаемъ только одну категорію правилъ этого отдѣла, которая можетъ считаться вполнѣ гражданской, потому что вызвана интересами государственными и не только не основана на церковныхъ законахъ, но прямо противорѣчитъ имъ. Мы говоримъ о правилахъ относительно вступленія въ бракъ православныхъ съ лицами другихъ христіанскихъ исповѣданій. Въ древней Россіи браки православныхъ съ еретиками (христіанами другихъ исповѣданій) считались недѣйствительными и не допускались закономъ [1]). Митрополиты и епископы при своемъ поставленіи давали торжественную клятву между прочимъ и въ томъ, что не будутъ допускать браковъ между православными и еретиками [2]). Но въ царствованіе Петра Великаго послѣдовали въ этомъ отношеніи измѣненія по слѣдующему случаю. Въ 1720 году

[1]) Неволинъ, исторія росс. гражд. законовъ, т. I, § 121.

[2]) Обзоръ постановленій и пр. кн. 3, стр. 210.

по Высочайшему указу посланы были нѣкоторые изъ плѣнныхъ шведовъ, свѣдущіе въ горномъ дѣлѣ, въ Сибирь для разводки и разработки рудниковъ. Шведы эти изъявили желаніе поселиться тамъ навсегда, но съ тѣмъ чтобъ имъ было формально дозволено жениться на русскихъ женщинахъ безъ перехода въ православіе, такъ какъ у многихъ изъ нихъ, которые женились на православныхъ „за разность вѣры женъ поотняли и отдали инымъ въ супружество". Бергъ-Коллегія нашла, что дозволеніе это дать подлежитъ, ибо людей свѣдущихъ въ горномъ дѣлѣ сыскать трудно и мало найдется охотниковъ между иностранцами поступить на русскую службу по этой части. Государственный интересъ пришелъ въ этомъ случаѣ въ столкновеніе съ церковными правилами, а при той энергіи и настойчивости, съ которой Петръ стремился къ достиженію государственной пользы и подчиненію ей церковной власти не трудно было предвидѣть, что церковныя правила уступятъ требованіямъ общественныхъ интересовъ. Но замѣчательно, что и въ этомъ случаѣ правительство наше поступило не такъ, какъ бываетъ въ подобныхъ случаямъ въ другихъ христіанскихъ странахъ, т. е. не издало само, безъ участія духовенства, гражданскаго закона отмѣняющаго церковныя правила. Это было бы противно глубоко укоренившемуся тѣсному союзу государства съ церковью по семейнымъ дѣламъ.

Правительство поэтому обратилось съ донесеніемъ Бергъ-Коллегіи въ синодъ. Послѣдній правда нашелъ, что дѣло это „не безъ сомнительства совѣсти" ибо „обрѣтаются въ вѣтхомъ и новомъ завѣтѣ правила, бракъ таковой отрѣшающія".

Тѣмъ не менѣе онъ подчинился требованіямъ государственной власти и разрѣшилъ вопросъ въ пользу шведовъ [1]). Такимъ образомъ этотъ единственный примѣръ измѣненія гражданской властью церковныхъ правилъ по семейному праву доказываетъ однакожъ, что государство никогда не рѣшалось посягать у насъ на эти правила безъ содѣйствія духовной власти, которая впрочемъ является не самостоятельной законодательной властью, а подчиненнымъ органомъ правительства и исполнителемъ его воли.

Во всѣхъ другихъ случаяхъ гдѣ государственная власть самостоятельно установляетъ нормы по брачному праву оно никогда не упускаетъ изъ виду каноническихъ правилъ и присвояетъ сво-

---

[1]) Первое полн. собр. зак. №№ 3798 и 3814.

имъ постановленіямъ силу только въ той мѣрѣ, въ какой это не противорѣчитъ церковнымъ законамъ. Такъ напр. законъ признаетъ одной изъ причинъ развода лишеніе одного изъ супруговъ всѣхъ правъ состоянія (ст. 50—53 т. X ч. 1). Законъ этотъ основанъ на гражданскихъ постановленіяхъ и повидимому имѣетъ вполнѣ гражданскій, а не каноническій характеръ. Г. Спасовичъ дѣйствительно видитъ въ этомъ законѣ одинъ изъ главныхъ признаковъ самостоятельности нашего свѣтскаго законодательства по семейному праву [1]). Но при этотъ онъ упускаетъ изъ виду, что гражданскій законъ не даетъ невинному супругу безусловнаго права на расторженіе брака, а предоставляетъ ему только *просить* о томъ свое *духовное начальство*, которое разумѣется руководится при разрѣшеніи этой просьбы своими религіозными правилами. Изъ этого г. Побѣдоносцевъ справедливо заключаетъ, что въ тѣхъ исповѣданіяхъ, гдѣ церковный законъ не допускаетъ развода по этой причинѣ, невинный супругъ не можетъ требовать расторженія брака по причинѣ лишенія другого супруга всѣхъ правъ состоянія [2]).

Спрашивается: гдѣ же тутъ самостоятельная дѣятельность государства когда оно обусловливаетъ силу своихъ постановленій согласіемъ ихъ съ церковными правилами и допускаетъ въ данномъ случаѣ разводъ для православныхъ только потому, что греческая церковь всегда признавала тяжкія уголовныя наказанія одной изъ причинъ расторженія браковъ? На основаніи ст. 62 зак. гр. запрещеніе совершать бракъ по принужденію, въ сумасшествіи, безъ законнаго дозволенія и при существованіи прежняго брака распространяется на всѣ христіанскія исповѣданія „въ той мѣрѣ, какъ сіе узаконеніями для тѣхъ вѣроисповѣданій постановлено". Подъ словомъ „узаконеній", какъ справедливо толкуетъ г. Побѣдоносцевъ [3]), слѣдуетъ понимать церковные законы, единственно важные для вопроса о кассаціи брака. Стало быть гражданскіе законы составляютъ здѣсь не самостоятельныя нормы, поэтому обязательныя для всѣхъ русскихъ гражданъ, а лишь абстракцію отъ общехристіанскихъ правилъ и потому имѣютъ силу для каждаго вѣроисповѣданія только согласно его церковнымъ правиламъ.

---

[1]) Журн. Гр. и Торг. Права, 1871, кн, I, стр. 140.

[2]) Курсъ гражд. права, ч. 2, стр. 78.

[3]) Курсъ гражданскаго права, ч. 2, стр. 81.

На основанiи ст. 91 т. X ч. 1 запрещенiе вступать въ бракъ ранѣе извѣстнаго возраста распространяется и на магометанъ и евреевъ. Здѣсь мы опять имѣемъ дѣло съ брачно-правовой нормой чисто гражданскаго происхожденiя, такъ какъ правила X тома о возрастѣ необходимомъ для вступленiя въ бракъ вовсе не соотвѣтствуютъ религiознымъ законамъ евреевъ и магометанъ. Но изъ примѣчанiя къ этой статьѣ мы видимъ, что государство караетъ только нарушенiе этого правила, но не признаетъ вслѣдствiе этого браковъ недѣйствительными. Основная мысль руководившая при этомъ законодателемъ очевидно заключается въ слѣдующемъ. Единственное условiе существенно необходимое для законности браковъ это соотвѣтствiе ихъ религiознымъ правиламъ (ст. 90 и 1113 зак. гр). Государство съ своей стороны не можетъ видоизмѣнять брачнаго права непосредственно установленiемъ самостоятельныхъ гражданскихъ нормъ о совершенiи и расторженiи браковъ, но можетъ только административными предписанiями духовнымъ властямъ и уголовными законами косвенно влiять на брачное право.

Эта мысль проявляется еще въ слѣдующемъ законѣ. Какъ извѣстно, у насъ существуютъ два законныхъ возраста для вступленiя въ бракъ: церковный (15 лѣтъ для мущины и 13 для женщины) и гражданскiй (18 и 16 л). Казалось бы, что коль скоро государство признало необходимымъ замѣнить церковный брачный возрастъ другимъ болѣе отдаленнымъ, то послѣднiй долженъ вполнѣ замѣнить первый въ юридическомъ отношенiи. Но это значило бы, что государство собственной властью отмѣнило церковную норму по брачному праву, а это кажется нашему законодателю совершенно невозможнымъ.

Придуманъ по этому компромиссъ, заключающiйся въ томъ, что недостиженiе гражданскаго возраста служитъ препятствiемъ для совершенiя брака и духовнымъ властямъ предписывается въ административномъ порядкѣ имѣть наблюденiе за этимъ (инструкцiя благочиннымъ, ст. 18); но незаконнымъ и недѣйствительнымъ, влекущимъ за собой разлученiе супруговъ, бракъ признается только въ томъ случаѣ, когда онъ заключенъ ранѣе церковнаго совершеннолѣтiя (п. ст. 37 т. X ч. 1).

Въ такой же мѣрѣ сильно влiянiе церковнаго элемента въ уголовныхъ законахъ опредѣляющихъ отвѣтственность за нарушенiе правилъ о брачномъ союзѣ. Такъ какъ нѣтъ ни одного изъ

этихъ нарушеній, которое не влекло бы за собой, сверхъ гражданскихъ послѣдствій относительно дѣйствительности браковъ и проистекающихъ отсюда послѣдствій, еще и уголовныхъ наказаній, какъ для вступившихъ въ бракъ, такъ и для совершившихъ оный, то понятно что постановленія этого отдѣла уложенія о наказаніяхъ находятся въ самой тѣсной связи съ гражданскими законами о союзѣ брачномъ. Отсюда вытекаетъ принципіальное сходство между этими двумя категоріями законовъ относительно значенія и вліянія церковнаго элемента. Отдѣлъ уложенія, трактующій о преступленіяхъ противъ правъ семейственныхъ, обнаруживаетъ сильное вліяніе церковныхъ воззрѣній не менѣе, чѣмъ первая книга X тома. Такъ напр. въ уложеніи нѣтъ наказанія для нехристіанъ за одно изъ важнѣйшихъ преступленій противъ чистоты семейнаго союза—кровосмѣшеніе въ нѣкоторыхъ его видахъ [1]). Точно также въ немъ нѣтъ наказанія для нехристіанъ за вступленіе въ бракъ въ степеняхъ родства, запрещенныхъ ихъ закономъ, изъ чего слѣдуетъ заключить, что преступленіе это по нашимъ законамъ ненаказуемо у нехристіанъ [2]).

Для духовныхъ лицъ нехристіанскихъ исповѣданій нѣтъ специальныхъ наказаній за совершеніе браковъ по насилію, обману или сумасшествію, и надо полагать, что они наказываются въ подобныхъ случаяхъ на общемъ основаніи какъ соучастники; между тѣмъ какъ для христіанскаго духовенства опредѣлены спеціальныя наказанія за это преступленіе [3]).

На основаніи ст. 1558 уложенія многоженство у нехристіанъ преслѣдуется только въ томъ случаѣ, если оно несогласно съ законами вѣроисповѣданія того лица, которое вступило во второй бракъ при существованіи перваго. Отсюда рождается вопросъ: можетъ ли еврей быть преслѣдуемъ въ уголовномъ порядкѣ за двоеженство, такъ какъ еврейскій законъ собственно не запрещаетъ многоженства. Строго юридически вопросъ этотъ можетъ быть рѣшенъ отрицательно. Дѣйствительно, для законности брака по нашимъ законамъ, какъ мы видѣли, необходимо только совершеніе ихъ по законамъ вѣры. Пунктъ 3 ст. 37 зак. гр., о недѣйствительности вторыхъ браковъ при существованіи первыхъ, какъ

---

[1]) Лохвицкій, курсъ русскаго угол. права, изд. 2-ое, стр. 507.

[2]) Тамъ же, стр. 497.

[3]) Тамъ же стр. 499.

находящійся во главѣ о бракахъ между лицами православнаго исповѣданія, не можетъ быть отнесенъ сюда. Затѣмъ, хотя на основаніи п. 3 ст. 1088 т. XI ч. 1 раввины обязаны наблюдать, чтобъ вторичные браки не были совершаемы при существованіи первыхъ, но изъ того что замѣчено было выше о характерѣ нашихъ гражданскихъ законовъ по семейному праву можно видѣть, что это административное правило не доказываетъ еще уголовной наказуемости вторичныхъ браковъ. И дѣйствительно были уже случаи, когда евреи оправдываемы были отъ суда по обвиненію въ двоеженствѣ на основаніи подобныхъ соображеній. Но очевидно, что такое противонравственное и противообщественное дѣяніе какъ двоеженство должно быть одинаково преслѣдуемо у лицъ всѣхъ вѣроисповѣданій и ст. 1558, обязанная своимъ происхожденіемъ преобладанію церковныхъ идей въ нашемъ брачномъ правѣ, нуждается въ измѣненіи. Не странно ли, въ самомъ дѣлѣ, что въ царствѣ польскомъ, гдѣ дѣйствуютъ французское право, признающее двоеженство не церковнымъ, а общественнымъ преступленіемъ, евреи преслѣдуются за двоеженство на общемъ основаніи, а въ остальной Россіи тѣ же евреи не подвергаются за это самое дѣяніе никакому наказанію?

Всѣ эти характеристическія особенности отдѣла уложенія, трактующаго о преступленія противъ правъ семейственныхъ, указываютъ на то, что законодательство наше ограждая союзъ семейный отъ правонарушеній, исходитъ при этомъ не изъ общечеловѣческихъ моральныхъ и правовыхъ воззрѣній, а изъ специфически-церковной точки зрѣнія. Оно смотритъ на семейный союзъ не какъ на юридическій и моральный институтъ, а какъ на религіозное (съ христіанской точки зрѣнія) учрежденіе и заботится именно объ огражденіи церковной стороны брака. Поэтому такія преступленія какъ кровосмѣшеніе, двоеженство и бракъ въ близкихъ степеняхъ родства преслѣдуются имъ только съ христіанско-церковной точки зрѣнія.

Сказаннаго болѣе чѣмъ достаточно для того, чтобъ дать понятіе о томъ, какое значеніе имѣютъ церковныя воззрѣнія въ современномъ нашемъ брачномъ правѣ. Для того чтобъ яснѣе понять эту основную черту семейнаго нашего законодательства необходимо однакожъ ознакомиться еще съ историческимъ ходомъ развитія этого отдѣла права и отношеній его къ церкви. Дальнѣйшее изложеніе покажетъ, что предлагаемый нами сжатый

историческій очеркъ имѣетъ не археологическій интересъ, какъ обыкновенно думаютъ у насъ относительно исторіи права, но можетъ повести къ весьма любопытнымъ практическимъ выводамъ и соображеніямъ.

IV.

Въ Древней Византіи церковь хотя и играла весьма значительную, какъ извѣстно, роль, но высокій уровень развитія гражданственности и унаслѣдованная отъ Рима организація семейнаго союза не допустили того, чтобъ церковныя воззрѣнія получили преобладающее вліяніе въ семейномъ правѣ. Такъ византійскіе законы долгое время не упоминаютъ о необходимости церковнаго вѣнчанія для дѣйствительности брака; послѣдній стало быть разсматривался какъ чисто гражданское учрежденіе, которое по желанію брачущихся можетъ быть или не быть освящено церковью. Въ первый разъ необходимость церковнаго вѣнчанія установлена императоромъ Львомъ философомъ [1]).

Такая независимость гражданскаго законодательства отъ церковнаго вліянія объясняетъ намъ и общій характеръ отношеній государства къ церкви въ то время. Епископы въ древней Византіи были не компетентными въ оффиціальномъ смыслѣ судьями для какого бы то ни было рода дѣлъ, а лишь посредниками, рѣшенія которыхъ приводились въ исполненіе единственно изъ уваженія къ ихъ моральному авторитету [2]). Поэтому даже въ церковныхъ судилищахъ древняго міра дѣла бракоразводныя разбирались не по однимъ церковнымъ, но и по гражданскимъ законамъ [3]).

Въ Россіи духовенство получило такія обширныя права по гражданскому управленію, какими оно не пользовалось въ Греціи. Это признается и церковными писателями, которые тутъ же, не замѣчая противорѣчія, утверждаютъ, что „никогда духовенство наше не стремилось къ пріобрѣтенію себѣ гражданскаго преобла-

---

[1]) Неволинъ, исторія росс. гр. зак., 1, § 93.

[2]) Неволинъ, о пространствѣ церк. суда въ др. Россіи, стр. 262 (Собр. сочин., т. VI).

[3]) Обзоръ постан. о бракѣ въ правосл. церкви (Правосл. Собес. 1859 г., кн. 2 и 3), кн. 3, стр. 332.

данія въ ущербъ власти свѣтской" [1]). Такое мнѣніе о широкихъ прерогативахъ церковной власти въ древней руси основывается главнымъ образомъ на уставахъ Ярослава и Владиміра о церковномъ судѣ, присвоивающихъ духовенству дѣйствительно чрезвычайно обширныя права по многимъ отраслямъ гражданскаго управленія. Нѣтъ сомнѣнія однакожъ, что уставы эти подложны и играютъ въ исторіи нашей церкви приблизительно такую же роль какъ извѣстныя декреталіи въ исторіи римской церкви: уставы эти сочинены въ позднѣйшее время для подкрѣпленія легальности церковной юрисдикціи ссылкой на узаконенія, изданныя будто бы въ этомъ смыслѣ первыми князьями по введеніи у насъ христіанства. Однакожъ и по уставу Владиміра предметы вѣдомства духовнаго суда подчинены вмѣстѣ съ тѣмъ и свѣтской власти. Тѣмъ не менѣе нельзя не признать, что духовенство пользовалось у насъ съ самаго начала значительными судебно административными правами по многимъ гражданскимъ дѣламъ. О. Мысовскій правильно объясняетъ это различіе между положеніемъ духовенства въ Византіи и у насъ недостаткомъ въ древней руси прочнаго гражданскаго устройства и государственнаго быта и необходимостью объединяющаго элемента. При такихъ условіяхъ духовенству, сильному своей выработанной организаціей, моральнымъ авторитетомъ, единствомъ и превосходствомъ умственнаго развитія, не трудно было сразу занять вліятельное положеніе въ русскомъ обществѣ. А недостатокъ гарантій для правъ церкви отъ нарушенія ихъ представителями свѣтской власти побуждалъ духовенство поддерживать всѣмъ своимъ вліяніемъ центральную государственную власть [2]). Права церкви въ первое время были de facto весьма шатки: указанія на случаи нарушенія этихъ правъ со стороны свѣтской власти встрѣчаются въ памятникахъ уже въ XII столѣтіи; но церковная власть отстаивала свои права, какъ выражается Неволинъ, „настойчиво и небоязненно", исходатайствовала себѣ грамоты у князей и *ярлыки у хановъ* [3]). (Въ какой мѣрѣ это оправдываетъ мнѣніе о. Мысовскаго, что духовенство никогда не стремилось къ расширенію своихъ правъ, судить не

---

[1]) Древнее русское церковное право, о. Кирилла Мысовскаго (Правосл. Собес. 1862 г., кн. I), стр. 180, 181.

[2]) Тамъ же, стр. 180.

[3]) Неволинъ, о пространствѣ и пр., стр. 312.

трудно). Бывали примѣры, что духовенство должно было отказываться отъ попытокъ вліять на гражданскій бытъ русскаго общества вслѣдствіе незнакомства съ мѣстными правами и условіями. Такъ епископы посовѣтовали было Владиміру святому казнить разбойниковъ смертью, по греческому закону, а не вирами, но потомъ это оказалось неудобопримѣнимымъ и снова возвратились къ системѣ виръ.

Возможность такихъ случаевъ объясняется тѣмъ, что почти всѣ высшіе представители духовной власти въ древней Руси были иноземцы. До половины XIII вѣка у насъ было 22 митрополита, изъ нихъ 19 грековъ, до половины XV вѣка были 32 митрополита, между ними 22 грека и 7 русскихъ.

Но вообще вліяніе духовенства на администрацію шло все увеличиваясь. Каждый разъ когда правительство покушалось ограничить духовную власть послѣдняя ссылалась на обычай и на необходимость защитить церковь отъ враждебныхъ ей элементовъ. Такъ Иванъ III въ 1500 г. выразилъ духовенству желаніе отнять у него вотчины, но встрѣтилъ энергическій отпоръ и долженъ былъ оставить это намѣреніе. Тоже было въ 1551 г. когда Иванъ IV хотѣлъ ограничить церковный судъ и обладаніе недвижимыми имѣніями.

Чрезъ всю древнерусскую исторію проходитъ еще другое любопытное явленіе: стремленіе духовенства избавиться отъ подчиненія мѣстнымъ гражданскимъ властямъ и поставить себя въ непосредственную зависимость отъ центральной государственной власти. Даже монастыри въ удѣльныхъ княжествахъ подчиняли себя московскимъ великимъ князьямъ. Эти послѣдніе сдѣлались такимъ образомъ верховными защитниками правъ церкви и приказъ большаго дворца сдѣлался центральнымъ учрежденіемъ по дѣламъ духовенства. Вслѣдствіе этого нарушеніе правъ церкви сдѣлалось государственнымъ преступленіемъ. Понятно, какъ много выиграла духовная власть въ силѣ и вліяніи отъ такого союза съ высшей государственной властью, хотя послѣдняя въ свою очередь находила для себя выгоднымъ имѣть такого союзника, какъ духовенство, въ борьбѣ съ враждебными элементами сепаратизма и федерализма. Содѣйствіе государственной власти расширенію церковной юрисдикціи обнаруживается еще въ томъ фактѣ, что начало церковнаго суда надъ мірянами относится къ рѣшенію *споровъ*, возникавшихъ между *князьями*. Что касается духовнаго

суда надъ лицами, принадлежащими къ духовенству, то онъ занесенъ къ намъ изъ Греціи, и эта прерогатива духовенства часто подтверждалась между прочимъ и ханскими ярлыками. Она однакожъ нерѣдко нарушалась представителями свѣтской власти, которые присвоивали себѣ право суда надъ клириками, но споры подобнаго рода обыкновенно оканчивались въ пользу духовенства. Такое стремленіе къ подчиненію духовенства свѣтской власти было особенно сильно, какъ и слѣдовало ожидать, въ вольныхъ городахъ Новгородѣ и Псковѣ, гдѣ княжескій элементъ игралъ незначительную роль и потому общественной власти не было интереса поддерживатъ притязанія духовенства. Въ XIV и XV в. здѣсь происходила сильная борьба по этому предмету, но митрополиты удержали однакожъ свои привиллегіи. Право духовенства самому судить своихъ членовъ признано въ видѣ общаго закона въ судебникахъ Ивана III и IV. Любопытное историческое явленіе представляетъ далѣе ходъ развитія автономіи и централизаціи въ церковномъ судѣ. Въ болѣе древнее время мы встрѣчаемся съ тѣмъ фактомъ, что нѣкоторые монастыри и церкви изъяты были отъ архіерейской власти и получали право сомосуда посредствомъ такъ называемыхъ несудимыхъ грамотъ. Но эта самостоятельность низшихъ духовныхъ властей не нравилась высшимъ духовнымъ сановникамъ, которые стремились къ централизаціи всей духовной власти, подобно тому, какъ это дѣлало правительство въ своей сферѣ. Поэтому еще соборъ 1551 г. хотѣлъ уничтожить несудимыя граматы, но это не было приведено въ исполненіе, вѣроятно, потому, что низшее духовенство было еще достаточно сильно и независимо и могло отстоять свою автономію. Это удалось сдѣлать только впослѣдствіи; послѣ уложенія 1649 г., несудимыя граматы хотя и давались еще духовенству, но освобождали его только отъ подчиненія гражданскимъ властямъ, а не отъ суда архіерейскаго.

Относительно всего остальнаго духовенства ходъ развитія архіерейской надъ нимп юрисдикціи заключается въ слѣдующемъ. Свѣтская власть, какъ мы уже замѣтили, часто присвоивала себѣ право суда надъ такими духовными лицами, которые не имѣли несудимыхъ грамотъ. Поэтому архіереи испрашивали у царей грамоты на право исключительно судить духовныхъ. Ко времени уложенія Алексѣя Михайловича архіереи судили клириковъ, во первыхъ по дѣламъ духовнымъ, во вторыхъ по дѣламъ граждан-

скимъ, когда оба тяжущіеся принадлежали къ духовенству, въ судѣ *смѣстномъ* (смѣшанномъ—изъ гражданскихъ и духовныхъ судей) же, когда одинъ изъ тяжущихся былъ міряниномъ, и въ третьихъ по дѣламъ уголовнымъ, кромѣ убійствъ, грабежа и разбоя. Еще болѣе широка была судебная власть патріарховъ въ ихъ областяхъ на основаніи несудимыхъ грамотъ, которыя давались царями патріархамъ и исключали всякое вмѣшательство свѣтской власти въ дѣло суда надъ лицами, живущими въ патріаршихъ владѣніяхъ. Уложеніе 1649 г. еще болѣе усилило власть патріарховъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ, признавая необходимость высшаго контроля государства надъ духовенствомъ, оно учредило монастырскій приказъ для суда надъ митрополитами, епископами и ихъ подчиненными въ извѣстныхъ случаяхъ. Но и это единственное проявленіе зависимости духовной власти отъ свѣтской казалось первой обременительнымъ и несправедливымъ. Соборъ 1667 г. призналъ поэтому, что духовныя лица никогда не могутъ быть судимы мірянами. Вслѣдствіе этого у монастырскаго приказа отнято было право суда надъ клириками, у воеводъ тоже; наконецъ во всѣхъ уголовныхъ дѣлахъ, въ которыхъ замѣшаны клирики, слѣдствіе и судъ должны были производиться духовной властью. Бывали, впрочемъ, и въ это время случаи, когда низшія гражданскія власти присвоивали себѣ право суда надъ духовными, но нарушенія эти пресѣкались немедленно высшимъ правительствомъ.

Независимо отъ всѣхъ упомянутыхъ судебныхъ прерогативъ, духовенство пользовалось еще, на общемъ помѣщичьемъ правѣ, правомъ суда и расправы надъ крестьянами своихъ многочисленныхъ и обширныхъ вотчинъ и помѣстій. Въ такомъ видѣ существовала церковная юрисдикція у насъ вплодь до времени Петра Великаго, когда совершены были въ этомъ отношеніи радикальныя перемѣны. Изложивъ такимъ образомъ въ краткихъ чертахъ историческій ходъ развитія церковной юрисдикціи вообще въ допетровской Россіи, мы перейдемъ теперь къ тому, что главнымъ образомъ здѣсь насъ занимаетъ—судьбамъ нашего семейнаго права подъ вліяніемъ церковнаго элемента.

Какъ мы видѣли, самая необходимость церковнаго вѣнчанія для дѣйствительности брака долгое время не признавалась византійскимъ законодательствомъ. Семейныя дѣла были подсудны какъ свѣтскимъ, такъ и духовнымъ судамъ. Эти послѣдніе разсматри-

вались болѣе какъ разбирательство у посредниковъ, чѣмъ какъ компетентные суды въ настоящемъ смыслѣ слова. Притомъ даже въ церковныхъ судахъ брачныя дѣла разбирались не по каноническимъ только, но и по гражданскимъ законамъ. У византійцевъ было 2 вида обрученія, т. е. договора о будущемъ вступленіи въ бракъ: церковное и гражданское. Послѣднее имѣло характеръ настоящаго договора и влекло за собою въ случаѣ нарушенія имущественную отвѣтственность въ видѣ потери задатка и платежа неустойки. Разводъ у грековъ совершался самими супругами по взаимному соглашенію, безъ вмѣшательства гражданской или духовной власти, и греко-римское законодательство не уничтожило этой свободы развода. Изъ всего этого видно, что въ Византіи юридическое вліяніе церкви на семейное право было въ сущности весьма незначительно, даже ничтожно, вслѣдствіе того, вѣроятно, что церковь имѣла здѣсь дѣло съ обществомъ старымъ, давно сложившимся и выработавшимъ богатую и рѣзко очерченную систему права. У насъ церкви было гораздо легче, по крайней мѣрѣ de jure, при отсутствіи опредѣленныхъ законовъ, расширить свое вліяніе на семейное право. De facto однакожъ церковный судъ по дѣламъ семейнымъ, подобно самому христіанству, утверждался лишь постепенно и медленно. Такъ русскій народъ долго, очень долго считалъ церковное вѣнчаніе не существеннымъ обрядомъ при совершеніи брака. Церковное правило митрополита Іоанна (1080—88 г.) говоритъ о совершеніи браковъ безъ участія церкви и о томъ, что народъ считаетъ вѣнчаніе нужнымъ лишь для бояръ и князей.

Митрополитъ Фотій (1410—1431 г.) говоритъ въ своихъ посланіяхъ объ обычаѣ мужей бросать своихъ женъ и вступать вторично въ бракъ. Онъ же писалъ новгородскимъ священникамъ въ 1416 г. о невѣнчанныхъ бракахъ и предписалъ брать у супруговъ поруки въ томъ, что будутъ жить съ женами цѣломудренно. О томъ же писали къ вятчанамъ митрополитъ Іона въ 1456 г., архіепископы: Макарій въ 1534 и Ѳеодосій въ 1548 году. Духовенство дѣятельно стремилось къ тому, чтобъ удержать за собой право исключительнаго разбирательства семейныхъ дѣлъ. Въ этомъ отношеніи особенно много данныхъ представляетъ намъ исторія западной Руси. Такъ до насъ дошла грамота короля Сигизмунда III отъ 1592 г., данная по поводу жалобы митрополита кіевскаго Михаила Рагозы на то, что свѣтскія власти совершаютъ разводы

между супругами. Король подтверждаетъ право духовенства исключительно вѣдать бракоразводныя дѣла [1]).

Съ другой стороны высшая духовная власть стремилась присвоить себѣ одной эту юрисдикцію. Въ этомъ смыслѣ владиміръ-волынскій епископъ Ипатій, въ 1594 г. предписалъ всѣмъ священникамъ, чтобъ они не смѣли сами, безъ его вѣдома, разводить супруговъ [2]).

Въ 1548 г. король Сигизмундъ 2-й, вслѣдствіе жалобы епископа виленскаго Павла, предписываетъ отдавать на судъ епископа всѣхъ такихъ женщинъ-христіанокъ, которыя бросаютъ своихъ мужей и живутъ съ турками, татарами, жидами [3]).

Съ 1512 г. митрополитъ кіевскій Іосифъ жаловался королю на православныхъ жителей слонимскаго уѣзда, что они его въ духовныхъ дѣлахъ не слушаютъ и съ женами живутъ незаконно. Король предписалъ имъ слушаться впредь епископа и съ женами жить законно [4]).

О характерѣ дѣйствій духовнаго суда мы имѣемъ любопытное свидѣтельство въ другомъ актѣ. Боярыня Томила Гитовтовна жаловалась епископу полоцкому на жестокое обращеніе съ ней мужа; епископъ развелъ ихъ и дозволилъ мужу жениться на своей племянницѣ. Боярыня жаловалась на это несправедливое рѣшеніе королю Сигизмунду 2-му, и тотъ предписалъ митрополиту кіевскому Макарію, разобрать это дѣло [5]). Въ средѣ самого духовенства часто встрѣчались случаи нарушенія требованій каноническаго семейнаго права. Такъ до насъ дошло посланіе константинопольскаго патріарха Іереміи отъ 1589 г., въ которомъ онъ говоритъ, что въ литовско-русскихъ епархіяхъ бываютъ священники двоеженцы и троеженцы и предписываетъ исключить таковыхъ изъ духовнаго сана [6]).

Но не смотря на всѣ старанія духовенства, въ теченіи многихъ вѣковъ, ему не удавалось пустить глубокіе корни въ семейномъ правѣ русскаго народа. Напротивъ, сама церковь поддавалась вліянію бытовыхъ условій и допускала въ свое ученіе и-

---

[1]) Акты, относящіеся къ исторіи западной Россіи, т. IV, № 31.

[2]) Тамъ же, № 47.

[3]) Акты и пр., т. III, № 8.

[4]) Акты и пр., т. II, № 77.

[5]) Акты и пр., т. III, № 2.

[6]) Акты и пр., т. IV, № 17.

практику своихъ судовъ по семейнымъ дѣламъ такія нормы и воззрѣнія, которыя соотвѣтствовали народнымъ обычаямъ и понятіямъ. Это видно отчасти уже изъ тѣхъ данныхъ которыя нами приведены выше, ибо безпрестанныя предписанія о соблюденіи каноническихъ правилъ сами по себѣ доказываютъ, что правила эти не соблюдались, такъ и изъ многихъ другихъ данныхъ. Такъ, напр., непринужденное согласіе брачущихся на вступленіе въ бракъ есть одно изъ основныхъ требованій каноническаго семейнаго права. Между тѣмъ извѣстно, что до Петра Великаго это требованіе очень мало соблюдалось на практикѣ: бракъ совершался по волѣ родителей и родственниковъ, и въ рядныхъ записяхъ не сама невѣста даетъ обѣщаніе о вступленіи въ бракъ, а родственники ея [1]). Петръ установилъ, чтобъ родители и господа давали присягу въ томъ, что не принуждаютъ своихъ дѣтей или крѣпостныхъ ко вступленію въ бракъ. Но и въ настоящее время у простонародія свобода брачнаго союза на практикѣ почти не существуетъ.

Договоръ о будущемъ вступленіи въ бракъ разсматривался въ древней Россіи какъ чисто гражданская сдѣлка. Извѣстно, что до 1702 г. употребительны были рядныя записи, т. е. договоры о будущемъ заключеніи брака, въ которыхъ за неисполненіе договора опредѣлялась неустойка. Обыкновенный характеръ такихъ записей слѣдующій. Договоръ имѣетъ характеръ *односторонній* и пишется отъ имени родителей и родственниковъ невѣсты: мы такіе-то, обязываемся выдать нашу дочь или родственницу замужъ за такого-то. Опредѣляется срокъ свадьбы и неустойка, которую обязываются платить только представители невѣсты, а не женихъ [2]). Очевидно, что здѣсь бракъ разсматривается нисколько не какъ таинство, а какъ имущественная сдѣлка, и что здѣсь рѣчь идетъ не о совершеніи брака по взаимному и непринужденному согласію брачущихся, какъ понимаетъ его церковь, а о древнѣйшей формѣ брака — продажѣ женъ ихъ родственниками мужьямъ. Такимъ образомъ византійское различіе между гражданскимъ и церковнымъ обрученіемъ было общепризнаннымъ фактомъ и въ древней Россіи. Гражданскій характеръ брака призна-

---

[1]) Неволинъ, Исторія и пр., I, § 59.

[2]) См. образцы рядныхъ записей, напечатанные въ Чт. Моск. Общ. Ист. и Др. 1869 г., кн. 4, стр. 1—8.

вался и во многихъ другихъ случаяхъ. Такъ, по свидѣтельству Котошихина, если жениха обманули и выдали за него не ту, которую онъ смотрѣлъ, то онъ могъ получить разводъ и родители невѣсты платили *убытки* жениха. И наоборотъ, если кто смотрѣлъ невѣсту, а потомъ хулилъ ее и отказывался отъ брака, тотъ принуждался *духовнымъ судомъ* насильно вступить въ бракъ, или, если онъ былъ уже женатъ на другой, то долженъ былъ платить безчестіе. Такія же правила встрѣчаются и въ другихъ источникахъ древнерусскаго церковнаго права [1]. По уставу Ярослава о церковномъ судѣ (ст. 35), кто обольститъ дѣвицу обѣщаніемъ жениться тотъ платитъ, кромѣ безчестья, имѣющаго характеръ уголовнаго наказанія, еще *убытки* отъ приготовленій къ свадьбѣ.

Въ томъ же уставѣ (ст. 6) мы встрѣчаемъ слѣдующее любопытное правило. Родители и родственники взрослой дѣвицы, не выдающіе ее замужъ, подвергаются наказанію въ видѣ извѣстнаго денежнаго взысканія. О смыслѣ и значеніи этого правила мы не будемъ распространяться здѣсь.

Такимъ же характеромъ отличаются юридическія нормы, имѣвшія силу въ древней Россіи, относительно расторженія браковъ. Въ языческія времена разводъ, какъ само собою разумѣется, былъ совершенно свободенъ на Руси. Съ принятіемъ христіанства, греческое духовенство старалось проводить тотъ принципъ, что разводъ не допускается по одному взаимному согласію супруговъ, а лишь въ силу одной изъ *законныхъ причинъ* развода, признаваемыхъ церковью. Но не смотря на всѣ усилія духовенства, свобода развода всегда существовала въ древней Россіи, какъ видно изъ многихъ памятниковъ стариннаго русскаго быта [2]. Впрочемъ и здѣсь оправдался не только первый изъ выставленныхъ нами тезисовъ—о безсиліи духовенства противъ бытовыхъ началъ семейнаго права, но и другой—о томъ, что духовенство само подчинялось въ извѣстной мѣрѣ бытовымъ воззрѣніямъ и смягчало суровость своихъ ученій по брачному праву. Это видно изъ того, что духовенство допускало тогда весьма многія и разнообразныя причины развода.

Такъ по уставу Ярослава причинами развода признаются: 1) если жена не сообщила мужу о государственномъ преступленіи,

[1]) Древне-русское церковное право, Правосл. Собес. 1872 г., кн. I, 132.

[2]) Цѣлый рядъ доказательствъ этого можно найти у Неволина, Ист. рос. гр. зак., I, § 112.

которое сдѣлалось ей извѣстнымъ; 2) прелюбодѣяніе одного изъ супруговъ; 3) покушеніе жены на жизнь мужа или знаніе и недонесеніе о такомъ покушеніи; 4) неприличное поведеніе жены безъ разрѣшенія и вѣдома мужа. Эти правила очевидно заимствованы изъ византійскихъ законовъ и по своей нелѣпости и неприменимости къ русскому быту не имѣли никакого практическаго значенія: въ позднѣйшихъ памятникахъ о нихъ вовсе не упоминается. Но мы знаемъ, что законными причинами развода признавались слѣдующія: 1) прелюбодѣяніе одного изъ супруговъ; 2) различныя преступленія мужа; 3) безвѣстное отсутствіе одного изъ супруговъ; 4) оставленіе одного изъ супруговъ другимъ; 5) жестокое обращеніе мужа съ женой. По свидѣтельству Котошихина, въ подобныхъ случаяхъ супруговъ разводили и раздѣляли между ними ихъ имущество по ровну („и животы имъ раздѣлять пополамъ"). 6) Болѣзнь, особенно тяжкая, одного изъ супруговъ хотя и не считалась безусловной причиной развода, но могла вести къ нему. На основаніи указа 22-го марта 1723 г., въ такихъ случаяхъ дѣло представлялось на усмотрѣніе синода, отъ котораго зависѣло признать или не признать болѣзнь за причину развода. 7) Покушеніе жены на жизнь мужа тоже признавалось законной причиной развода. Были еще, какъ видно изъ историческихъ памятниковъ, и другія причины развода, указаніе на которыя можно найти у Неволина [1]). Расширяя такимъ образомъ сферу случаевъ, въ которыхъ допускалось расторженіе браковъ, духовенство хотя и не отступало прямо отъ ученій церкви, но очевидно приспособлялось къ воззрѣніямъ и обычаямъ, господствовавшимъ въ семейномъ быту русскаго народа относительно свободы развода, воззрѣніямъ, удержавшимся со времени язычества. Въ такомъ видѣ засталъ Петръ Великій отношенія духовной юрисдикціи къ свѣтской вообще и отношенія духовенства къ семейному праву въ частности. Реформы, произведенныя имъ въ обоихъ этихъ отношеніяхъ, болѣе или менѣе общеизвѣстны. При немъ, во первыхъ, прекратилось общее, неопредѣленное участіе духовенства въ дѣлахъ гражданскихъ: законы точно и ясно опредѣлили размѣры этого участія. Народное образованіе и общественная благотворительность отошли цѣликомъ къ свѣтской власти. Возстановленъ монастырскій приказъ съ правомъ судить лицъ духовнаго званія.

---

[1]) Тамъ же, § 112.

Эти послѣднія подчинены общимъ судамъ, какъ по гражданскимъ дѣламъ, такъ и по всѣмъ болѣе важнымъ уголовнымъ дѣламъ. Замѣна патріаршества синодомъ окончательно отняла у духовенства всякую самостоятельность и сдѣлала его простымъ органомъ государственной власти по церковнымъ дѣламъ. Что касается собственно семейнаго права, то петровское законодательство окончательно установило, что всѣ дѣла по наслѣдству, духовнымъ завѣщаніямъ и ряднымъ записямъ подлежатъ вѣдѣнію гражданскихъ судебныхъ мѣстъ. Сюда же отнесены и нѣкоторыя изъ дѣлъ собственно семейныхъ, напр. о личныхъ имущественныхъ отношеніяхъ между супругами, между родителями и дѣтьми и др. Запрещено писать рядныя записи съ неустойкой и приняты мѣры противъ принужденія дѣтей и крѣпостныхъ ихъ родителями и господами ко вступленію въ бракъ. При Петрѣ мы встрѣчаемъ первую попытку государственнымъ закономъ установить легальныя причины развода, которыя до тѣхъ поръ не были точно опредѣлены и зависѣли отъ усмотрѣнія духовнаго начальства: именно въ резолюціяхъ на докладные пункты синода 12 апрѣля 1722 г. [1]) къ „винамъ разводовъ брачныхъ" отнесены прелюбодѣяніе, безвѣстное отсутствіе и вторичное вступленіе въ бракъ. Къ петровскому же времени относится первая и до сихъ поръ единственная попытка ввести въ брачное право путемъ свѣтскаго законодательства норму, противорѣчащую требованіямъ каноническаго русскаго права: мы говоримъ о разрѣшеніи браковъ между православными и христіанами другихъ исповѣданій, о чемъ было уже сказано выше.

Изъ законодательныхъ мѣръ послѣдующаго времени, относящихся къ нашему предмету, мы укажемъ только на главныя и болѣе характеристичныя. Въ 1730 году предписано священникамъ не утверждать своей подписью добровольныхъ разводовъ между супругами. Тоже самое повторено въ 1767 г. вслѣдствіе замѣченнаго во многихъ епархіяхъ явленія, что священники пишутъ „роспускныя письма" и вѣнчаютъ вторично разведенныхъ такимъ образомъ лицъ. Манифестомъ 1775 г. и указомъ 1783 отмѣнены вѣнечныя памяти и сборъ за объявляемыя бракосочетанія. Подъ именемъ вѣнечной памяти извѣстенъ письменный актъ, который каждый, желающій вступить въ бракъ, долженъ

[1]) Первое полное собр. зак. № 3263.

былъ исходатайствовать у архіерея; безъ подобнаго акта священникъ не имѣлъ права приступить къ бракосочетанію. Что касается сбора съ вѣнчаемыхъ, то онъ существовалъ съ древнихъ времёнъ. Налогъ этотъ установляемъ былъ свѣтской властью, но князья нерѣдко уступали его въ пользу духовенства [1]).

Въ томъ же 1775 г. синодскимъ указомъ отъ 5 августа установленъ цѣлый рядъ правилъ, клонящихся „къ отвращенію незаконнаго сочетанія браковъ"; къ этому указу мы возвратимся еще впослѣдствіи. Указомъ 1 января 1805 г. установлено, что всѣ дѣла о разводахъ должны восходить на ревизію синода и не могутъ быть рѣшаемы окончательно архіереями.

Эпоха государственной дѣятельности Сперанскаго представляетъ и по отношенію къ нашему предмету время серьезныхъ попытокъ къ существеннымъ измѣненіямъ нашего законодательства. Такъ мы знаемъ, что въ проектѣ гражданскаго уложенія, восходившемъ на разсмотрѣніе государственнаго совѣта, Сперанскій предлагалъ между прочимъ отдѣлить гражданскую сторону брака отъ церковной. Онъ основывался на томъ, что „въ первобытной церкви бракъ былъ совершаемъ гражданскимъ договоромъ и отъ совѣсти христіанина зависѣло договоръ сей освящать церковнымъ священнодѣйствіемъ". Но предложеніе это встрѣтило сильнаго противника въ лицѣ министра духовныхъ дѣлъ и народнаго просвѣщенія, извѣстнаго князя Голицына [2]). Этотъ же кн. Голицынъ возсталъ и противъ правилъ о разводѣ, содержавшихся въ этомъ проектѣ. Государственный совѣтъ измѣнилъ редакцію этихъ правилъ (вѣроятно потому, что они слишкомъ расходились съ каноническими требованіями) и основалъ причины развода на кормчей книгѣ и наказѣ, данномъ отъ синода своему депутату въ коммисіи составленія уложенія 1767 г. Понятно, что при такихъ источникахъ правила, выработанныя государственнымъ совѣтомъ, не могли угрожать церковному элементу въ семейномъ правѣ. Князь Голицынъ однакожъ отстаивалъ полное сохраненіе statu quo и изложилъ свое мнѣніе по этому предмету въ особой запискѣ. Бракъ есть таинство, разсуждаетъ онъ, посему разводъ можетъ быть совершаемъ лишь по церковнымъ правиламъ и лишь съ большими ограниченіями, на основаніи извѣстнаго изреченія:

---

[1]) Неволинъ, ист. росс. гражд. зак., I, § 66.

[2]) Бар. М. Корфъ, жизнь гр. Сперанскаго, 2, 273.

„еже убо Богъ сочета, человѣкъ да не разлучаетъ“. Противной этому началу 7-ой пунктъ наказа 1766 г. (содержаніе этого наказа намъ неизвѣстно) не имѣетъ силы, хотя исходитъ отъ синода. Притомъ же дѣло это не требуетъ спѣшности, ибо столько вѣковъ производилось на прежнемъ основаніи. Посему надо оставить по прежнему дѣла эти въ судѣ духовномъ и исключить неспособность къ брачному сожитію изъ числа причинъ развода [1]).

Таково содержаніе краткой записки кн. Голицына, изъ которой къ сожалѣнію, не видно, въ чемъ состоитъ сущность синодскаго наказа 1766 г., проекта Сперанскаго и мнѣнія государственнаго совѣта по вопросу о разводѣ. Мы можемъ только догадываться, что государственный совѣтъ предполагалъ отнести дѣла бракоразводныя, по крайней мѣрѣ отчасти, къ вѣдомству свѣтскихъ судовъ. Предположенія эти раздѣлили общую судьбу проекта гражданскаго уложенія и не привели ни къ какимъ практическимъ результатамъ. Въ то время какъ проектъ этотъ стремился къ секуляризаціи семейныхъ дѣлъ, на практикѣ все болѣе утверждался противоположный взглядъ, отрицающій всякое вмѣшательство свѣтской власти въ дѣла брачныя. Такъ, почти одновременно съ обсужденіемъ проекта Сперанскаго въ государственномъ совѣтѣ, состоялся указъ 26 марта 1819 г. о несовершеніи гражданскими присутственными мѣстами актовъ, клонящихся къ разлученію супруговъ. Вопросъ этотъ возникъ тогда изъ дѣла супруговъ Шелковниковыхъ. Дѣло это обнаружило тотъ фактъ, что петербургская гражданская палата совершила запись, въ силу которой мужъ обязался давать женѣ своей ежегодно по 2500 руб. съ тѣмъ, чтобъ она жила отдѣльно отъ него, а сенатъ оставилъ эту запись въ силѣ. Государственный совѣтъ призналъ, что совершеніе такихъ записей незаконно и не должно быть допускаемо ни у тѣхъ исповѣданій, которыя признаютъ бракъ за таинство, ни у тѣхъ, которыя считаютъ его гражданскимъ актомъ.

Въ 1830 году, именнымъ указомъ, даннымъ синоду, возрастъ, необходимый для вступленія въ бракъ, опредѣленъ другой противъ установленнаго церковными правилами, но при этомъ новому закону присвоено только карательное значеніе (воспрещено совершеніе брака ранѣе этого возраста подъ страхомъ наказанія),

---

[1]) Записка эта напечатана въ чт. моск. общ. ист. и др. за 1862 г., кн. 2, смѣсь, стр. 184.

но безусловно необходимымъ для дѣйствительности брака остался по прежнему церковный возрастъ.

Послѣдующими узаконеніями, изъ которыхъ главныя суть уставъ духовныхъ консисторій 1841 г., уложеніе о наказаніяхъ 1845 г. и мнѣніе государственнаго совѣта 6 февраля 1850 г. о поясненіяхъ и исправленіяхъ узаконеній о дѣйствительности и законности браковъ и пр., точнѣе опредѣлены порядокъ производства брачныхъ дѣлъ въ свѣтскомъ и духовномъ судѣ, отношенія между этими судами, расторженіе браковъ по причинѣ безвѣстнаго отсутствія и лишенія правъ состоянія, и нѣкоторые другіе вопросы семейнаго права.

V.

Предшествовавшее историческое изложеніе, если мы станемъ вникать въ смыслъ сообщенныхъ фактовъ и ихъ взаимное соотношеніе, даетъ намъ точку опоры для многихъ выводовъ, имѣющихъ немаловажное практическое значеніе и въ настоящее время. Историческія данныя весьма полезны для насъ именно въ двухъ отношеніяхъ: во первыхъ, для уясненія общаго характера отношеній между государствомъ и церковью, между свѣтской и духовной властью у насъ въ дѣлѣ суда, и во вторыхъ, для правильнаго пониманія той роли, которую играетъ церковный элементъ спеціально въ нашемъ семейномъ правѣ.

Что касается перваго вопроса, историческій очеркъ приводитъ къ слѣдующимъ результатамъ. Церковная юрисдикція въ древней Россіи была несравненно шире, чѣмъ въ Византіи. Этому способствовали многія условія древнерусскаго быта, указанныя выше, но главнымъ образомъ тѣсный союзъ между церковью и центральной государственной властью. Союзъ этотъ былъ одинаково выгоденъ для обѣихъ сторонъ и результатомъ его было то, что высшая свѣтская власть все болѣе и болѣе расширяла автономію духовенства въ собственныхъ дѣлахъ и вліяніе его на дѣла гражданскія. Что это расширеніе духовной юрисдикціи не вытекало изъ религіозныхъ понятій русскаго общества, а напротивъ было противно этимъ понятіямъ и навязывалось обществу свѣтской властью, видно изъ того, что тамъ, гдѣ народная автономія укоренилась глубже и держалась дольше, чѣмъ въ остальной Руси, именно въ Новгородѣ и Псковѣ, рядомъ съ оппозиціей противъ

княжеской власти, шла упорная и продолжительная борьба противъ духовной юрисдикціи.

Несмотря на увѣренія духовныхъ писателей, что церковь никогда не стремилась у насъ къ преобладанію въ гражданскихъ дѣлахъ, факты, выше изложенные, доказываютъ, что духовенство все болѣе расширяло свои привиллегіи, оказывало энергическое сопротивленіе даже такимъ властителямъ, какъ Иванъ III и IV и энергія его все возрастала по мѣрѣ того, какъ свѣтская власть оказывалась уступчивѣе и слабѣе. При этомъ духовенство однакожъ никогда не расширяло своихъ правъ собственной властью, а всегда испрашивало себѣ привилегіи у правительства. Князья давали духовенству несудимыя грамоты, дарили ему имѣнія уступали въ пользу его сборы и пр. Духовенство до того признавало свѣтское происхожденіе своей судебной власти, что испрашивало подтвержденіе ея у хановъ монгольскихъ.

При Петрѣ Великомъ какъ мы видѣли, наступилъ въ этомъ отношеніи крутой переворотъ въ другую сторону, и церковная юрисдикція значительно съужена. Внутренній смыслъ и историческое оправданіе петровскихъ реформъ, столь рѣзко расходящихся въ этомъ отношеніи съ древне-русскими порядками, по мнѣнію Неволина заключается въ слѣдующемъ. Реформы Петра вообще были вызваны не подражаніемъ западной Европѣ, а внутренними потребностями русской жизни. Это общее основаніе вліяло и на измѣненіе и ограниченіе церковной власти. Это ограниченіе произошло оттого, что церковь сдѣлала свое дѣло въ древнерусскомъ быту. Она организовала семейный союзъ, провела христіанство въ народъ, развила понятія объ уголовномъ преступленіи, оказало защиту слабымъ элементамъ въ обществѣ. Дальнѣйшее вліяніе духовенства на дѣла гражданскія было поэтому излишне и Петръ ограничилъ власть духовенства исключительно церковными дѣлами [1]).

Соглашаясь вполнѣ съ Неволинымъ относительно того, что петровскія реформы въ духовенствѣ вызваны не пустымъ подражаніемъ, а дѣйствительной жизненной потребностью, мы полагаемъ однакожъ, что дальнѣйшее его объясненіе того, въ чемъ заключалась эта потребность, невѣрно и противорѣчитъ какъ фактамъ, имъ самимъ сообщаемымъ, такъ и другимъ историческимъ

[1]) О пространствѣ церк. суда въ др. Россіи, стр. 380.

даннымъ. Это подтверждается двумя соображеніями. Во первыхъ, еслибъ ограниченіе духовной юрисдикціи при Петрѣ было вызвано тѣмъ, что юрисдикція эта сдѣлала уже свое дѣло и самимъ духовенствомъ признавалась уже ненужной въ прежнемъ объемѣ, тогда мы и въ предшествовавшую эпоху могли бы замѣтить постепенное подготовленіе этой реформы. По естественному ходу вещей слѣдовало бы, что по мѣрѣ приближенія къ петровскому времени, т. е. по мѣрѣ того какъ вліяніе духовенства на гражданскія дѣла, по мнѣнію Неволина, оказывалось все менѣе нужнымъ, вліяніе это дѣйствительно шло все уменьшаясь. Между тѣмъ какъ мы видѣли, вліяніе это шло наоборотъ все болѣе и болѣе возрастая. Чѣмъ ближе къ уложенію 1649 г. тѣмъ все шире и разностороннѣе становится судебная власть духовенства. А въ 1667 г., т. е. непосредственно предъ петровскимъ временемъ, духовенство воспользовалось удобнымъ политическимъ моментомъ для того чтобъ завоевать себѣ совершенную независимость отъ свѣтской власти и уничтожить монастырскій приказъ (возстановленный потомъ при Петрѣ), это послѣднее проявленіе свѣтской власти въ дѣлахъ духовенства. Такимъ образомъ до Петра отношеніе духовенства къ государству идетъ совершенно въ противоположномъ направленіи, чѣмъ при немъ, а это было бы невозможно при томъ объясненіи, которое даетъ петровскимъ реформамъ Неволинъ.

Во вторыхъ, безчисленное множество данныхъ опровергаетъ мнѣніе, будто задачи, которыя преслѣдовало духовенство въ организаціи общества, были имъ достигнуты въ древней Руси и потому дальнѣйшее вліяніе его на гражданскую сторону общежитія было, съ точки зрѣнія самаго духовенства, излишнимъ. Оставляя въ сторонѣ всѣ другія стороны вліянія духовенства на гражданское общество, какъ неимѣющія отношенія къ нашему предмету, скажемъ нѣсколько словъ объ отношеніи духовенства къ семейному праву. Неволинъ утверждаетъ, что церковь организовала семейный союзъ и только по этому Петръ могъ отнять у нея часть вліянія на семейныя дѣла. Это совершенно не вѣрно. Относительно древней Россіи мы привели выше множество данныхъ, доказывающихъ, что церковныя идеи и ученія о бракѣ очень слабо проникали въ семейный бытъ русскаго народа. Это явленіе повторяется въ эпоху послѣ Петра вплоть до настоящаго времени. Ко времени Петра относится слѣдующій интересный фактъ. Ар-

химандритъ Златоустинскаго монастыря (близь Москвы) донесъ въ 1721 г. синоду, что въ вотчинѣ этого монастыря живутъ двѣ женщины, вышедшія вторично за мужъ, при живыхъ мужьяхъ, по добровольному соглашенію. Исторія одной изъ этихъ женщинъ разсказана архимандритомъ слѣдующимъ образомъ. Крестьянинъ Афанасьевъ взятъ былъ въ солдаты и въ его отсутствіе жена его вышла замужъ за крестьянина Емельяна. Возвратившись въ отпускъ домой, Афанасьевъ уступилъ свю жену Емельяну по записи, сущность которой заключается въ слѣдующемъ. Поговоривъ съ Емельяномъ полюбовно, я поступился ему своей женой, и впредь мнѣ о той женѣ не бить челомъ монастырскимъ властямъ; за это взять мнѣ съ Емельяна 2 рубля и 4 ведра водки (слѣдуетъ опредѣленіе сроковъ, когда получать эту плату). Запись эту писалъ и подписалъ за Афанасьева *іеромонахъ* Козьма [1]). Синодъ разумѣется призналъ недѣйствительными вторые браки и подвергъ наказаніямъ какъ двоемужницъ, такъ и іеромонаха, свидѣтельствовавшаго эту оригинальную уступочную запись. Но если въ самой Москвѣ, въ монастырскихъ владѣніяхъ, простой народъ такъ чуждъ былъ въ то время церковныхъ понятій о бракѣ, то что дастъ намъ основаніе сказать, что ко времени Петра церковь сдѣлала свое дѣло и организовала семейный союзъ?

Изъ послѣдующихъ историческихъ свидѣтельствъ этого рода въ особенности замѣчателенъ по своему содержанію синодскій указъ 5 августа 1775 г., о мѣрахъ къ отвращенію незаконнаго сочетанія браковъ, какъ содержащій въ себѣ полное признаніе самой духовной власти въ своемъ безсиліи провести въ жизнь церковныя идеи и требованія относительно брака. Приводимъ здѣсь начало этого указа. „Святѣйшій правит. синодъ, имѣя разсужденіе, что хотя о важности тайны святаго супружества и о томъ, чего при браковѣнчаніяхъ наблюдать должно, и на какіе браки запрещеніе наложено, какъ въ словѣ Божіемъ, такъ и въ духовномъ регламентѣ и указахъ довольно и ясно изображено, а сверхъ того и отъ синода неоднократныя подтвержденія чинены, дабы точнымъ исполненіемъ предосторожностей, незаконные и непозволенные браки отвращаемы были; но понеже по производимымъ въ синодѣ и духовнымъ консисторіямъ дѣламъ оказалось, что несмотря на все то, нѣкоторые въ явную противность сихъ

[1]) Полное собр. постановл. по вѣд. правосл. испов., т. I, № 219.

Божескихъ законовъ поступаютъ, а именно 1) дѣти безъ воли своихъ родителей, а рабы безъ воли своихъ господъ женятся; а напротивъ того и родители своихъ дѣтей и господа своихъ рабовъ ко вступленію въ бракъ принуждаютъ безъ собственнаго ихъ произволенія и согласія; 2) женятся въ возбраненномъ родствѣ; 3) мужья отъ живыхъ женъ и жены отъ живыхъ мужей; 4) восхищаютъ дѣвицъ отъ родителей и родственниковъ разными ухищреніями; 5) въ лѣтахъ между собой весьма несходственныхъ, чрезъ что бываютъ несогласія и просьбы о разводѣ; 6) женятъ же въ крестьянствѣ малолѣтнихъ ребятъ съ возрастными женщинами, отъ чего происходитъ, что свекры впадаютъ въ грѣхъ съ своими невѣстками, а сіи малолѣтнихъ своихъ мужей умерщвляютъ, за что нѣкоторые по гражданскому суду и къ смертной казни были приговорены; а напротивъ того 7) священники къ вѣнчанію нетокмо таковыхъ незаконныхъ браковъ но и иныхъ, приходящихъ къ нимъ изъ другихъ приходовъ, совсѣмъ неизвѣстныхъ лицъ, также безумныхъ, приступаютъ, не чиня напередъ узаконеннаго извѣщенія или публикаціи, часто изъ корыстолюбія, а нерѣдко и противу воли своей, по принужденіямъ и устращиваніямъ иногда отъ самихъ брачущихся, а иногда отъ помѣщиковъ и ихъ прикащиковъ, чрезъ каковыя и симъ подобныя безчинія не только нарушается благоучрежденіе церкви и духовнымъ и свѣтскимъ правительствамъ не малыя причиняются затрудненія, но и брачившіеся и священники подвергаются слѣдствіямъ, наказаніямъ и несчастіямъ, а того еще больше, что дѣти должны быть признаваемы незаконными; да тожъ происходитъ въ разсужденіи наслѣдства". Этотъ указъ, представляющій общую характеристику состоянія семейнаго быта на практикѣ, въ противоположность тому, чѣмъ онъ долженъ былъ бы быть по ученію церкви, избавляетъ насъ отъ необходимости указать на другіе, болѣе частные указы, трактующіе объ отдѣльныхъ, относящихся сюда явленіяхъ, напр. о принужденіи помѣщиками и управляющими ихъ священниковъ къ совершенію браковъ, о добровольныхъ разводахъ, допускаемыхъ и санкціонируемыхъ низшимъ духовенствомъ, и т. под. Что въ настоящее время масса народа находится въ такомъ же положеніи относительно брачнаго права, это подтверждается многочисленными данными.

Бракъ и теперь разсматривается у крестьянъ не какъ таинство, а какъ имущественная сдѣлка, главнымъ образомъ, какъ

купля—продажа. Предварительные переговоры о бракѣ ведутся тѣми же *сватами*, которые обыкновенно служатъ посредниками при покупкѣ лошади. Браки устраиваются родителями, которые вовсе не обращаютъ вниманія на согласіе дѣтей, это главное условіе брака по каноническому праву, а на рабочую силу и состояніе жениха и невѣсты [1]). Интересныя данныя по этому предмету представилъ недавно г. Ефименко въ „сборникѣ народныхъ юридическихъ обычаевъ архангельской губерніи“.

Такимъ образомъ мы приходимъ къ тому заключенію, что мнѣніе Неволина о причинахъ, вызвавшихъ петровскія реформы, невѣрно. Тѣ бытовыя условія, которыя давали церкви поводъ къ сильному вмѣшательству въ семейное право древней Россіи, продолжаютъ существовать и до сихъ поръ, ибо дѣятельность духовенства въ теченіи многихъ вѣковъ не уничтожила правовыхъ воззрѣній русскаго общества по этому предмету. По этому съ точки зрѣнія духовенства, до Петра постоянно стремившагося, и не безъ успѣха, къ расширенію своей юрисдикціи по гражданскимъ дѣламъ, не было никакого основанія къ тому внезапному ограниченію духовной юрисдикціи, которое послѣдовало при Петрѣ. Но если не измѣнились бытовыя условія, то измѣнились воззрѣнія на то взаимное отношеніе, въ которомъ должны находиться государство и церковь. Петръ справедливо призналъ, что такая обширная и независимая власть, какой пользовалось до него духовенство, грозитъ серьезной опасностью государству. Оправданіе же предпринятыхъ имъ въ этомъ отношеніи реформъ заключается не въ томъ, что говоритъ Неволинъ, а въ томъ, указанномъ нами историческомъ фактѣ, что юрисдикція духовенства обязана своимъ происхожденіемъ и развитіемъ исключительно свѣтской власти и потому ею же можетъ быть съуживаема и видоизмѣняема. Коль скоро доказано, что власть духовенства въ дѣлѣ суда и администраціи обязана своимъ происхожденіемъ княжескимъ грамотамъ и ханскимъ ярлыкамъ, то очевидно, что государственная власть можетъ во всякое время, сообразно измѣнившимся условіямъ и требованіямъ общественной жизни, измѣнить характеръ и предѣлы власти духовной юрисдикціи и администраціи. Правда, что со времени Петра у насъ ничего существеннаго не сдѣлано въ этомъ отношеніи, но изъ этого конечно не слѣдуетъ, что ничего не

[1]) См. Этнографическій Сборникъ 1853 г., I, стр. 44, 105 и мн. др.

остается дѣлать, или что государство не вправѣ измѣнить существующія отношенія между духовнымъ и свѣтскимъ судомъ, вообще между церковной и гражданской властью. Между тѣмъ именно это послѣднее мнѣніе неразъ высказывалось, какъ при попыткахъ къ ограниченію духовнаго суда во время составленія судебныхъ уставовъ, попыткахъ, о которыхъ мы говорили выше, такъ и въ комитетѣ для преобразованія духовно-судебной части. Говорятъ о неизмѣнныхъ канонахъ церкви, требующихъ будто бы, чтобъ тѣ или другія дѣла оставались навсегда въ вѣдѣніи суда духовнаго, а не свѣтскаго. Но кажется лучшаго авторитета въ этомъ отношеніи, чѣмъ древнюю Византію, желать нельзя, а мы видѣли, какъ слабо было тамъ вліяніе церковнаго элемента на гражданскія дѣла вообще и на семейный бытъ въ частности. Говорятъ далѣе о томъ, что духовная юрисдикція существуетъ въ силу самой природы, нравственно-религіозной, извѣстныхъ гражданскихъ отношеній, а не по опредѣленію свѣтской власти, и потому не можетъ быть ею измѣняема, но это опровергается вышеизложенными фактами и соображеніями, несомнѣнно доказывающими, что судъ и администрація духовенства дарованы ему государственной властью по разнымъ побужденіямъ. Эти факты должны служить руководящимъ началомъ при разрѣшеніи недоумѣній, возбуждаемыхъ предстоящимъ преобразованіемъ духовно-судебной части.

Затѣмъ перейдемъ къ тѣмъ выводамъ, которые могутъ быть сдѣланы изъ предшествовавшаго историческаго изложенія собственно въ примѣненіи къ семейному праву и вліянію на него церковнаго элемента.

Изъ приведенныхъ нами данныхъ ясно видно, что существенный характеръ брачнаго права далеко не оставался у насъ всегда неизмѣннымъ. При сличеніи дѣйствующаго у насъ теперь законодательства съ правовыми нормами, имѣвшими силу въ древней Россіи, оказывается, къ великому удивленію, что древнее право было во многихъ отношеніяхъ гораздо разумнѣе и естественнѣе, чѣмъ нынѣшнее. Юридическая, гражданская сторона брака далеко не въ такой мѣрѣ отрицалась тогда, какъ теперь. Доказательствомъ этого могутъ служить дѣйствовавшія въ старину правила объ отвѣтственности за отказъ отъ вступленія въ бракъ. Несмотря на то, что въ древней Россіи, дѣла брачныя всецѣло подлежали вѣдѣнію духовной власти, тогда какъ теперь нѣкото-

рыя изъ этихъ дѣлъ отошли къ свѣтской юрисдикціи, гражданская и имущественная сторона въ бракѣ имѣла тогда гораздо болѣе правъ гражданства, чѣмъ теперь. Извѣстно, что гражданскій кассаціонный департаментъ сената самымъ рѣшительнымъ образомъ отвергъ мысль о возможности имущественной отвѣтственности за вредъ и убытки, происшедшіе отъ неисполненія обѣщанія вступить въ бракъ. Въ рѣшеніи по дѣлу Ефимовой съ Волковымъ (1869 г. № 292) сенатъ призналъ, что „бракъ есть таинство, а вступленіе въ оный, какъ совершающееся по обряду церкви, не можетъ быть обусловливаемо никакимъ обязательствомъ, а слѣдовательно и причисляемо къ такого рода договорамъ и обязательствамъ, какіе въ приведенныхъ статьяхъ закона (объ отвѣтственности каждаго за причиненные имъ вредъ и убытки) предусмотрѣны". Затѣмъ въ рѣшеніи по дѣлу Гречищева (1870 г. № 403) сенатъ высказывается еще болѣе категорически. „По законамъ о брачномъ союзѣ, законъ представляетъ *право* сочетающимся лицамъ вступать въ бракъ не иначе, какъ по взаимному ихъ согласію, а родителямъ давать дѣтямъ на вступленіе въ бракъ дозволеніе. Право каждаго изъ этихъ лицъ ничѣмъ неограничено и законъ не стѣсняетъ ихъ воли даже и послѣ даннаго согласія или дозволенія на вступленіе въ бракъ, которое, вслѣдствіе разныхъ случайностей въ жизни, можетъ быть свободно измѣняемо. Посему отказъ отъ слова, даннаго сочетающимися или ихъ родителями, не можетъ быть признанъ дѣяніемъ, подвергающимъ какой либо отвѣтственности по ст. 684 т. X ч. 1". Еще до этихъ рѣшеній московская судебная палата, въ рѣшеніи по дѣлу Базыкина, признала, что женихъ, въ случаѣ отказа отъ совершенія брака, не обязанъ вознаградить родителей невѣсты за издержки, ими сдѣланныя на приготовленія къ свадьбѣ, ибо отъ воли самихъ родителей зависѣло дѣлать или не дѣлать эти издержки. Что всѣ эти соображенія не выдерживаютъ никакой критики съ юридической точки зрѣнія и идутъ въ разрѣзъ съ началами выработанными всѣми европейскими законодательствами, объ этомъ мы говоримъ въ другомъ мѣстѣ [1]) и потому не станемъ повторять здѣсь. Укажемъ только на то обстоятельство, что древне-русская практика смотрѣла на этотъ вопросъ гораздо правильнѣе. Какъ мы видѣли выше, гражданское обрученіе от-

[1]) См. статью „отказы отъ вступленія въ бракъ".

дѣлялось у насъ въ старину, какъ и въ Византіи, отъ церковнаго и имѣло характеръ гражданскаго обязательства, влекущаго за собой въ случаѣ неисполненія имущественную отвѣтственность въ видѣ неустойки или платежа убытковъ. Такимъ образомъ древнерусскій юридическій быть выработалъ въ этомъ отношеніи такіе же принципы, какіе признаются всѣми современными законодательствами, за исключеніемъ русскаго. Только при Петрѣ запрещено писать рядныя записи съ неустойкой и затѣмъ, отчасти при немъ, отчасти въ послѣдующее время, церковное обрученіе слито съ вѣнчаніемъ и вслѣдствіе этого договоръ о будущемъ вступленіи въ бракъ исчезъ изъ нашего юридическаго быта.

Замѣтимъ кстати, что усвоенная кассаціоннымъ сенатомъ доктрина строго церковнаго значенія брака не всегда раздѣлялась нашими высшими государственными учрежденіями: въ источникахъ новаго русскаго права можно найти точки опоры и для противоположнаго воззрѣнія. Въ мнѣніи государственнаго совѣта 26 марта 1819 г. о несовершеніи присутственными мѣстами, актовъ, клонящихся, къ разлученію супруговъ, несомнѣнно видна мысль, что бракъ есть не только религіозное, но и гражданское учрежденіе. Дѣйствительно, еслибъ государственный совѣтъ разсматривалъ бракъ исключительно какъ таинство, онъ установилъ бы запрещеніе договоровъ о раздѣльной жизни супруговъ только для лицъ тѣхъ вѣроисповѣданій, которыя признаютъ бракъ таинствомъ. Но онъ положительно установилъ, что запрещеніе это простирается и на тѣ исповѣданія (впрочемъ, только христіанскія), которыя признаютъ бракъ за гражданскій актъ. Это можетъ быть объяснено только тѣмъ, что государственный совѣтъ признаетъ за бракомъ, независимо отъ религіозныхъ правилъ, еще извѣстную юридическую природу и однимъ изъ существеннѣйшихъ свойствъ этой природы онъ справедливо считаетъ совмѣстное жительство супруговъ. Замѣчательно, что именно въ этомъ пунктѣ кассаціонный сенатъ отсталъ отъ болѣе правильныхъ прежнихъ воззрѣній. Изъ рѣшенія его по дѣлу Марковой (1868 г. № 526) видно, что сенатъ считаетъ возможнымъ конструировать легальное понятіе о совмѣстной жизни супруговъ только такимъ образомъ, что „бракъ, по духу нашего законодательства, есть одно изъ таинствъ, которое. какъ не расторгаемое, связуетъ супруговъ на всю жизнь, а расторженіе брака возможно не иначе, какъ по формальному духовному суду“. Но если такъ, если совмѣстная жизнь есть не су-

щественное условіе юридической природы брака, а каноническое требованіе, то ст. 103 т. X ч. 1 не должна быть распространена на исповѣданія, признающія бракъ только за гражданскій актъ Почему же государственный совѣтъ установилъ противоположное начало?

Въ мнѣніи государственнаго совѣта 4 іюня 1836 г., о запрещеніи вступать въ бракъ безъ согласія опекуновъ и попечителей, запрещеніе это мотивировано слѣдующимъ образомъ: „До вступленія въ возрастъ, несовершеннолѣтніе не вправѣ ни дѣлать долговъ, ни давать письменныхъ обязательствъ иначе, какъ съ согласія и за подписью своихъ попечителей. Поэтому нельзя допустить предположенія, чтобъ при столь важномъ на всю жизнь обязательствѣ, каковъ есть бракъ, согласіе или дозволеніе сіе не требовалось". Здѣсь важно не слово „обязательство" примѣненное къ браку, а то, что вся аргументація государственнаго совѣта носитъ характеръ чисто юридическій, а не каноническій. Это объясняется очень просто тѣмъ, что самое установленіе необходимости согласія опекуновъ для вступленія въ бракъ не согласно съ церковнымъ ученіемъ о безусловной свободѣ брачущихся; какъ извѣстно изъ исторіи каноническаго права, свѣтское законодательство, долго должно было бороться съ церковью изъ-за принципа необходимости согласія родителей, опекуновъ и начальства для вступленія въ бракъ (такъ по крайней мѣрѣ это было въ западной Европѣ). Государственный совѣтъ поэтому, установляя подобное требованіе правильно понималъ, что оно можетъ быть мотивируемо лишь общими началами права, а не каноническими соображеніями. И нѣтъ сомнѣнія, что еслибъ знаніе и пониманіе историческаго развитія нашего права было болѣе распространено у насъ между юристами-практиками, то самая практика судебныхъ мѣстъ по брачному праву вообще носила бы гораздо болѣе разумный характеръ, чѣмъ тотъ, которымъ она весьма невыгодно отличается теперь. Еще болѣе поучительна для насъ совокупность нормъ по вопросу о расторженіи брака, дѣйствовавшихъ въ древней Руси.

Замѣчательно, во первыхъ, то обстоятельство, что юридическая, гражданская сторона брака сознавалась и въ бракоразводномъ процессѣ, вслѣдствіе чего древняя наша практика выработала нѣкоторыя нормы и относительно регулированія имущественныхъ отношеній супруговъ при разводѣ. Такъ, по свидѣтельству

Котошихина, приведенному нами выше, въ случаѣ развода по жестокому обращенію мужа съ женой, имущество супруговъ раздѣлялось между ними пополамъ. А изъ другихъ источниковъ видно, что въ случаѣ развода жена получала обратно все свое приданое [1]). Въ позднѣйшее время хотя и случалось иногда, что принимались мѣры къ обезпеченію въ подобныхъ случаяхъ невиннаго супруга, какъ видно изъ дѣла Апухтина, производившагося въ 1774 г. [2]), но случаи эти были исключительные и не могутъ быть признаны за доказательство существованія общихъ правовыхъ нормъ. Между тѣмъ недостатокъ въ подобнаго рода правилахъ, существующихъ во всѣхъ европейскихъ законодательствахъ, давно сознается на практикѣ. Вопросъ этотъ, въ числѣ многихъ другихъ, былъ поднятъ еще въ знаменитой коммисіи для составленія уложенія (1767 г.). Депутатъ Елагинъ, въ мнѣніи объ опекѣ, читанномъ имъ въ засѣданіи коммисіи и выслушанномъ ею съ большимъ интересомъ, указывалъ между прочимъ на то, что въ случаѣ развода слѣдуетъ установить опеку надъ виновнымъ въ разводѣ супругомъ или ограничить его въ распоряженіи имуществомъ, дабы сохранить оное для законныхъ наслѣдниковъ. О воспитаніи дѣтей долженъ заботиться въ этихъ случаяхъ опекунъ или правительство [3]). Дворянство московскаго уѣзда, въ наказѣ своему депутату, гр. Панину, говоритъ о необходимости установить законъ о раздѣлѣ между супругами ихъ имущества въ случаѣ развода и о мѣрахъ къ воспитанію дѣтей [4]). Практика, стало быть, сознавала необходимость возвратиться къ тѣмъ началамъ, которыя въ сущности дѣйствовали уже въ древней Россіи, хотя въ неопредѣленномъ, не разработанномъ видѣ. Не смотря на то, дѣйствующіе законы, какъ извѣстно, не содержатъ рѣшительно никакихъ опредѣленій по этому предмету. Исключеніе составляетъ только статья 666 т. X ч. 1, но имущественная отвѣтственность виновнаго супруга основана здѣсь совершенно на другихъ началахъ, именно на принципѣ отвѣтственности за вредъ и убытокъ, происшедшіе отъ *уголовнаго преступленія*. Общій же вопросъ о нормированіи имущественныхъ отношеній супруговъ при расторженіи брака вовсе не затрогивается современныхъ законодательствомъ.

---

[1]) Акты юридическіе, № 404.
[2]) П. С. З. I, № 14,160.
[3]) Сборникъ русскаго историч. общества, т. 8, стр. 415.
[4]) Тамъ же, т. 4, стр. 228.

Во вторыхъ, не смотря на то, что въ древней Россіи дѣла брачныя составляли еще въ большей мѣрѣ, чѣмъ теперь, предметъ вѣдѣнія одной духовной власти, число законныхъ причинъ къ расторженію брака было больше, а слѣдовательно и степень свободы развода была значительнѣе, чѣмъ въ настоящее время. Такъ напр. умышленіе одного супруга на жизнь другаго считалось законной причиной развода; еще въ указѣ 1723 г. 22-го марта „умышленіе на животъ" приводится какъ фактъ, дающій право на разводъ и даже на самовольное оставленіе однимъ супругомъ другаго. Въ теперешнемъ же законодательствѣ такого правила не существуетъ. По мнѣнію Неволина [1]), оно замѣняется закономъ о расторженіи брака по случаю лишенія одного супруга всѣхъ правъ состоянія, такъ какъ покушеніе на убійство влечетъ за собой это послѣдствіе. Но это можетъ быть и справедливо въ примѣненіи къ прежнему судопроизводству, когда существовала формальная теорія доказательствъ и изобличеніе въ совершеніи извѣстнаго дѣянія необходимо сопровождалось опредѣленнымъ наказаніемъ. Но въ новомъ судѣ фактическая доказанность преступнаго дѣянія нисколько не ручается за обвиненіе и наказаніе. Въ дѣлахъ семейныхъ, чаще чѣмъ во всякихъ другихъ, наши присяжные выносятъ оправдательные приговоры не смотря на фактическую несомнѣнность совершенія преступнаго факта. Но если присяжные, по тѣмъ или другимъ побужденіямъ, разбирать которыя намъ здѣсь не приходится, оправдываютъ лицо, покушавшееся на жизнь своего супруга, то справедливость требуетъ, чтобы послѣднему предоставлено было по крайней мѣрѣ требовать развода, во избѣжаніе могущей повториться опасности для своей жизни. Въ древнемъ правѣ признавалось далѣе причиной развода оставленіе однимъ супругомъ другаго безъ законныхъ причинъ (которое не должно смѣшивать съ безвѣстнымъ отсутствіемъ). Г. Филипповъ, въ своей статьѣ „Взглядъ на русскіе гражданскіе законы", справедливо указываетъ на отсутствіе у насъ закона о томъ, что злостное оставленіе супруга навсегда, напр. бѣгство за границу, служитъ причиной развода. Г. Мулловъ въ опроверженіе этого замѣчанія указываетъ на то, что недозволенное оставленіе отечества влечетъ за собой лишеніе всѣхъ правъ состоянія, а слѣдовательно даетъ возможность къ

[1]) Исторія росс. гражд. зак., I, § 115.

расторженію брака [1]). Но здѣсь точно также примѣнимо соображеніе, высказанное нами выше, относительно покушенія на убійство супруга. Присяжные могутъ оправдать лицо, оставившее отечество незаконнымъ образомъ, а невинный супругъ не въ состояніи будетъ освободиться отъ узъ брака. Практика давно сознаетъ необходимость принять мѣры противъ незаконнаго оставленія однимъ супругомъ другаго. Это видно изъ того, что коломенское дворянство въ наказѣ своему депутату въ коммисіи 1767 г. указываетъ на слѣдующее обстоятельство. У дворянъ *нерѣдко* случается, что мужъ и жена, по несогласію, живутъ раздѣльно. Слѣдовало бы поэтому установить, что супругъ, виновный въ оставленіи другаго супруга, лишается права на указную часть изъ имѣнія послѣдняго [2]).

Жестокое обращеніе мужа съ женой встарину тоже признавалось, какъ мы видѣли, законной причиной развода. Справедливость этой нормы, существующей въ томъ или другомъ видѣ во всѣхъ иностранныхъ законодательствахъ, не требуетъ особыхъ доказательствъ. Даже съ чисто церковной точки зрѣнія на бракъ, какъ на нравственно-религіозное учрежденіе, необходимость этого правила очевидна. Церковь заботится главнымъ образомъ о мирѣ и согласіи между супругами, какъ существенной принадлежности идеи брака. Но если это требованіе разъ серьезно нарушено, если въ особенности дѣло дошло до суда, признавшаго своимъ приговоромъ фактъ нарушенія основныхъ требованій брачной жизни, дальнѣйшее существованіе брака въ томъ видѣ, какъ требуетъ церковь, невозможно и расторженіе его совершенно необходимо. Не вдаваясь въ дальнѣйшій разборъ этого вопроса, укажемъ только на слѣдующій фактъ, любопытный во многихъ отношеніяхъ Старыя судебныя мѣста, при рѣшеніи дѣлъ о жестокомъ обращеніи мужей съ женами, когда они признавали жестокое обращеніе доказаннымъ, иногда освобождали женъ отъ обязанности жить съ мужьями, или запрещали послѣднимъ въѣздъ въ имѣнія женъ [3]). Очевидно, что дѣйствуя такимъ образомъ, судебныя мѣста устанавливали если не расторженіе брака, что было для нихъ совершенно невозможно, то родъ фактическаго разлученія отъ стола

[1]) Русскіе законы о союзѣ семейственномъ. Архивъ Калачова за 1860 годъ, № 4.

[2]) Сб. русск. истор. общ., т. 4, стр. 338.

[3]) Русскіе уголовные процессы, изд. Любавскаго, т. II, стр. 468 и 470.

и ложа. Основаній въ положительномъ законѣ такія опредѣленія не имѣли никакихъ: это одинъ изъ многочисленныхъ случаевъ, гдѣ естественное чувство справедливости обходило и (хотя рѣже) теперь иногда обходитъ, наши устарѣлые и несправедливые законы о союзѣ семейномъ. По мѣрѣ водворенія *законности* въ нашемъ судѣ, такія рѣшенія становятся все менѣе возможными; но справедливость, эта послѣдняя задача всякаго юридическаго порядка, очевидно только въ проигрышѣ отъ этого. Чтобы помочь этому злу, слѣдуетъ однакожъ не возвратиться къ произвольному усмотрѣнію судей, существовавшему до судебной реформы, а установить въ самомъ законѣ то, что настоятельныя требованія жизни проводятъ помимо закона.

Къ законнымъ причинамъ развода относилась въ старое время и серьезная болѣзнь. Объ этомъ упоминается еще въ указѣ 22 марта 1723 г., который требовалъ только чтобы подобныя дѣла всегда представляемы были на усмотрѣніе синода. Теперь у насъ нѣтъ никакого правила въ этомъ родѣ и это безспорно одинъ изъ важнѣйшихъ недостатковъ нашего законодательства о разводѣ.

Изъ всего сказаннаго можно сдѣлать то важное заключеніе, что смягченіе суровости существующихъ законовъ о разводѣ, несправедливость которыхъ давно сознана всѣми, а главнымъ образомъ расширеніе категоріи случаевъ, допускающихъ разводъ, будетъ не нарушеніемъ безусловныхъ каноническихъ требованій и оскорбленіемъ религіознаго чувства русскаго народа, какъ силятся доказать наши церковники, а возстановленіемъ историческихъ началъ нашего брачнаго права, которыя признавались въ старину и церковью. Какъ ни странно это, но мы должны сознаться, что простое возвращеніе къ тому порядку вещей, который существовалъ въ до-петровской Россіи былъ бы значительнымъ шагомъ впередъ для нашего бракоразводнаго процесса. Какъ мы видѣли, этотъ замѣтный поворотъ въ нашемъ брачномъ правѣ начался со времени Петра Великаго. Съ перваго взгляда не понятно, какимъ образомъ петровское законодательство, стремясь къ ограниченію вліянія церкви на гражданскій бытъ, вмѣстѣ съ тѣмъ существенно усилило значеніе церковныхъ идей въ брачномъ правѣ. Но это противорѣчіе объясняется характеромъ и цѣлью петровскихъ реформъ. Петръ, какъ извѣстно, во всемъ преслѣдовалъ интересъ *государственный*, которому очень легко жертвовалъ нуждами частныхъ лицъ. Юрисдикцію церкви онъ засталъ въ слѣдующемъ ви-

дѣ. Съ одной стороны необыкновенно широкая компетенція духовныхъ судовъ, а съ другой отсутствіе точныхъ правилъ для судебной дѣятельности духовенства: изъ предыдущаго историческаго изложенія мы видѣли, что масса случаевъ, въ которыхъ духовенство имѣло судебную власть, было громадно и что оно притомъ руководилось по самому характеру духовнаго суда, не строго опредѣленными началами права, а личнымъ усмотрѣніемъ и нравственно-религіозными соображеніями. То и другое должно было казаться Петру ненормальнымъ и опаснымъ для государства, установляя произвольную и сильную власть церкви въ гражданскихъ дѣлахъ. Поэтому дѣятельность его, относительно церковной юрисдикціи вообще и по брачнымъ дѣламъ въ частности, направлена была къ измѣненію прежняго порядка въ обоихъ указанныхъ отношеніяхъ. Во первыхъ, онъ ограничилъ число дѣлъ, подлежащихъ вѣдѣнію духовнаго суда, отнеся нѣкоторыя изъ нихъ къ свѣтской юрисдикціи, и во вторыхъ, онъ стремился къ подчиненію духовныхъ судовъ, въ предѣлахъ предоставленной имъ власти, точнымъ, опредѣленнымъ государственнымъ закономъ, не оставлявшимъ мѣста прежнему благоусмотрѣнію. Само собою разумѣется, что эти законы (о причинахъ развода, о запрещеніи неустойки въ рядныхъ записяхъ, о непринужденіи ко вступленію въ бракъ) были государственными только по своему характеру ихъ санкціи съ внѣшней стороны, по своему содержанію, мотивамъ и цѣлямъ они были построены, какъ видно съ перваго взгляда, на началахъ каноническихъ. Иначе оно и не могло быть: эти начала господствовали тогда въ брачномъ правѣ повсемѣстно, а противоположный взглядъ на бракъ выяснился гораздо позднѣе. Самъ Петръ отступалъ, согласно программѣ своей политической дѣятельности, отъ церковныхъ началъ брачнаго права только въ интересахъ государственныхъ: именно въ разрѣшеніи браковъ между плѣнными шведами и православными. Во всѣхъ другихъ случаяхъ онъ оставилъ вліяніе церковнаго элемента въ матеріальномъ брачномъ правѣ неприкосновеннымъ и даже усилилъ это вліяніе своей кодификаціонной дѣятельностью. Кодификація всегда имѣетъ своимъ послѣдствіемъ болѣе строгое, постоянное и послѣдовательное проведеніе правовыхъ нормъ. Такъ было и въ данномъ случаѣ. До тѣхъ поръ, пока бракоразводныя дѣла разсматривались духовенствомъ и разрѣшались имъ по нравственнорелигіознымъ мотивамъ, примѣняясь къ индивидуальнымъ особен-

ностямъ каждаго дѣла, можно было относить къ причинамъ развода и тяжкую болѣзнь, и оставленіе однимъ супругомъ другаго, и жестокое обращеніе, ибо во всѣхъ этихъ случаяхъ разводъ можетъ быть допущенъ только по соображеніи степени опасности болѣзни, незаконности оставленія и безнравственности жестокаго обращенія. Но когда законодательство признало необходимымъ подчинить въ этомъ отношеніи дѣятельность духовенства опредѣленнымъ правиламъ, оно должно было выкинуть за бортъ эти причины развода, ибо установить точныя правила о томъ, какая болѣзнь можетъ служить причиной развода, въ какихъ случаяхъ произвольное оставленіе мужемъ жены представляется извинительнымъ или нѣтъ, въ какой мѣрѣ жестокое обращеніе дѣлаетъ невозможнымъ дальнѣйшее существованіе брака,—не только затруднительно, но даже невозможно; а предоставить это усмотрѣнію суда было бы очень неудобно. Точно также, пока духовенство не имѣло строго опредѣленныхъ правилъ для разрѣшенія брачныхъ дѣлъ, оно могло поддаваться вліянію бытовыхъ воззрѣній и признавать въ извѣстныхъ случаяхъ гражданскій характеръ брака, напр. относительно значенія предбрачныхъ договоровъ и нормированія имущественныхъ отношеній супруговъ при разводѣ. Но когда брачное право подверглось кодификаціи, всѣ эти плевелы народно-правовыхъ воззрѣній были изгнаны и брачное право закрѣпощено церковному элементу. Такимъ образомъ вышло то, что въ послѣ-петровскомъ законодательствѣ церковный элементъ въ семейномъ правѣ господствуетъ еще сильнѣе, чѣмъ въ до-петровскомъ.

Въ результатѣ нашего изложенія мы получаемъ слѣдующіе выводы:

Русское законодательство въ настоящее время далеко отстоитъ отъ всѣхъ европейскихъ въ отношеніи объема вліянія церковнаго элемента на семейное право. Ни одинъ отдѣлъ нашего гражданскаго права не требуетъ такихъ существенныхъ измѣненій, какъ первая книга X тома „о правахъ и обязанностяхъ семейственныхъ“. Это обнаруживается при первомъ прикосновеніи, такъ сказать, къ этому отдѣлу права. Предпринимаемая теперь реформа духовно-судебной части обнаруживаетъ всю несостоятельность не только процессуальнаго, но и матеріальнаго семейнаго

права. Мы указывали уже на противорѣчіе между матеріальными гражданскими и церковными постановленіями по нѣкоторымъ вопросамъ семейнаго права и на тѣ столкновенія, которыя обнаруживаются уже на практикѣ, напр. по вопросу о наказуемости брака раскольника съ православной безъ согласія родителей. Мы видѣли также, что судъ присяжныхъ, по характеру своей дѣятельности, нерѣдко приходитъ и долженъ неизбѣжно приходить въ столкновеніе съ требованіями дѣйствующаго семейнаго права. Далѣе мы указали на невозможность оставить въ своей силѣ принципъ бюрократической централизаціи въ дѣлѣ совершенія браковъ въ то время, какъ принципъ этотъ изгоняется изъ бракоразводнаго процесса. Эти замѣчанія могутъ быть распространяемы и на другіе случаи. Проектъ комитета 12 января предлагаетъ, напр. отнести разсмотрѣніе по существу дѣлъ о разводѣ къ вѣдомству общихъ судовъ. Но очевидно, что для судовъ гражданскихъ будетъ крайне неудобно примѣнять законы, насквозь пропитанные чуждымъ для нихъ церковнымъ элементомъ. Столкновенія и затрудненія всякого рода тутъ неизбѣжны. Единственнымъ средствомъ для ихъ устраненія можетъ служить то, что рядомъ съ секуляризаціей процесса пойдетъ и секуляризація матеріальнаго семейнаго права. Да послужатъ намъ въ этомъ отношеніи урокомъ результаты дѣятельности новыхъ судовъ. Опытъ доказалъ, что дѣятельность эта на каждомъ шагу парализуется тѣмъ, что матеріальное право не согласовано съ процессуальнымъ, и что суды организованные на новыхъ началахъ, должны примѣнять старые законы, проникнутые противоположнымъ духомъ. Кому неизвѣстны, напр. тѣ громадныя неудобства, которыя проявляются въ практикѣ гражданскихъ судовъ вслѣдствіе того, что правила X тома о значеніи формы совершенія актовъ не согласованы съ правилами уст. гр. суд. о доказательной силѣ актовъ? Въ уголовной юстиціи судъ присяжныхъ постоянно приходитъ въ столкновеніе съ двумя главными недостатками нашего матеріальнаго уголовнаго права — чрезмѣрной строгостью наказаній и недостаточно широкой властью суда въ опредѣленіи мѣры наказанія; столкновенія эти нарушаютъ правильный ходъ правосудія и приводятъ къ неосновательнымъ оправданіямъ. Отсюда мы можемъ сдѣлать то заключеніе, что полумѣры ни къ чему не ведутъ и что *всякая реформа тогда только успѣшна, когда она проведена послѣдовательно сквозь всю массу затрогиваемыхъ ею явленій общественной жизни.*

Въ заключеніе скажемъ еще нѣсколько словъ по поводу предлагаемаго комитетомъ 12 января преобразованія порядка производства бракоразводныхъ дѣлъ. Предложеніе это, безъ сомнѣнія, вызоветъ сильное противодѣйствіе со стороны нашихъ церковниковъ, отстаивающихъ во что бы то ни стало самостоятельность духовнаго суда. Главныя возраженія, которыя дѣлаются противъ отнесенія бракоразводныхъ дѣлъ къ вѣдомству свѣтскихъ судовъ, слѣдующія. Во первыхъ, нарушеніе церковныхъ канововъ и основныхъ правилъ православной церкви. Лучшимъ отвѣтомъ на это возраженіе можетъ служить ссылка на примѣръ Греціи, этой родины православія, гдѣ однакожъ разводъ опредѣляется гражданскимъ судомъ и дѣло передается въ духовный судъ лишь для расторженія таинства [1]). Само духовенство тамъ, въ проектахъ, поданныхъ правительству (1845 и 1852 г.) признавало необходимымъ предоставить общимъ судамъ обсужденіе причинъ развода [2]). Почему же, спрашивается, то, что возможно въ Греціи, невозможно у насъ?

Второе возраженіе заключается въ томъ, что реформа эта будетъ оскорбленіемъ религіозныхъ чувствъ русскаго народа, считающаго будто бы одно духовенство компетентнымъ судьей въ брачныхъ дѣлахъ. Но дѣйствительность рѣшительно опровергаетъ это мнѣніе. Укажемъ, напр., на факты, сообщаемые изъ своей практики провинціальнымъ мировымъ судьей г. Назарьевымъ. Тотчасъ по открытіи имъ камеры, къ г. Назарьеву поступили десятки прошеній угнетенныхъ женъ, просившихъ о выдачѣ имъ „вольныхъ билетовъ", т. е. права жить отдѣльно отъ мужей. Онѣ очень огорчались тѣмъ, что мировой судья не можетъ освободить ихъ отъ узъ брака и предлагаетъ мириться и жить по прежнему. Впрочемъ, при такихъ примиреніяхъ иногда заключалось тутъ же условіе о томъ, чтобы „честнымъ маперомъ" разойтись, хотя условіе это, разумѣется, не вносилось въ мировую запись [3]). Предъ такими фактами, взятыми непосредственно изъ народной жизни, аргументаціи церковниковъ теряютъ всякій практическій смыслъ.

---

[1]) Tисcо, le Mariage etc. p. 24. Подробности объ этомъ можно найти въ статьѣ г. Курганова „Устройство управленія въ церкви королевства греческаго" (прилож. къ Правосл. Собес. 1871 и 1872 г.).

[2]) Кургановъ, ib. Правосл. Собес. 1872 г., кн. I, стр. 385.

[3]) Вѣстникъ Европы 1872 г., кн. 2. Современная глушь, стр. 609, 615, 619.

РЕФОРМА ГРАЖДАНСКАГО СУДА И БРАЧНАГО ПРАВА.

(Писано въ 1873—74 гг.).

Реформа гражданскаго суда и брачнаго права.

Предполагаемая реформа церковнаго суда. С.-Пб. 1873 г. вып. 1-й.

Задача книжки, заглавіе которой нами выписано, состоитъ въ томъ, чтобы доказать невозможность предполагаемой комитетомъ при св. синодѣ реформы духовнаго суда въ смыслѣ ограниченія его юрисдикцій въ пользу судовъ свѣтскихъ. Приступивъ къ чтенію этого труда неизвѣстнаго автора, затрогивающаго нѣкоторые капитальные вопросы русскаго права, я ожидалъ найти въ немъ если и одностороннее, то обстоятельное изложеніе относящихся сюда фактовъ. Дѣйствительно, авторъ, какъ видно почти изъ каждой страницы, практически знакомъ съ судебно-административной практикой духовнаго православнаго вѣдомства, а вѣдомство это почему то облекаетъ свою дѣятельность глубокой тайной, болѣе чѣмъ всѣ другія управленія въ Россіи (что одно можетъ наводить на сомнѣніе относительно цѣлесообразнаго и удовлетворительнаго его состоянія). Тогда какъ рѣшенія сената и государственнаго совѣта въ старомъ порядкѣ опубликованы во всеобщее свѣдѣніе и архивы этихъ высшихъ учрежденій различными изданіями дѣлаются все болѣе доступными научному изслѣдованію, судебно-административная дѣятельность какъ св. синода, такъ и епархіальныхъ властей и консисторій, представляющая по многимъ дѣламъ (напр. брачнымъ) высокій научный и общественный интересъ, почти совершенно недоступна, такъ какъ духовное вѣдомство не считаетъ нужнымъ или удобнымъ публиковать ни судебныя рѣшенія, ни циркуляры синода, по крайней мѣрѣ все, что касается болѣе новаго, т. е. болѣе важнаго въ практическомъ отношеніи періода. При такихъ условіяхъ голосъ человѣка, имѣю-

щаго свободный доступъ въ самое нѣдро духовной администрации, былъ бы дѣйствительнымъ пріобрѣтеніемъ для русской научной литературы, еслибъ голосъ этотъ, независимо отъ своихъ личныхъ умствованій, потрудился ознакомить насъ, профановъ, съ дѣйствительнымъ состояніемъ духовнаго суда, съ массой распоряженій, толкованій и обычаевъ, развивающихъ примѣненіе на практикѣ относящихся сюда законовъ. Нашъ авторъ, какъ по всему видно (см. напр. у него на стр. 32 перечисленіе многихъ протоколовъ св. синода, очевидно нераспубликованныхъ), имѣлъ для этого полную возможность по своему положенію. Къ сожалѣнію, однакожъ, боязнь гласности, повидимому господствующая въ духовномъ вѣдомствѣ, держитъ въ своихъ тискахъ и нашего автора и онъ благоразумно вращается въ сферѣ тѣхъ фактовъ, которые тѣмъ или другимъ путемъ проникли уже въ печать, старательно избѣгая всякаго случая знакомить насъ съ непокрытымъ челомъ духовной Ѳемиды. Вслѣдствіе этого книжка не имѣетъ никакого значенія со стороны фактическаго содержанія, такъ что поневолѣ приходится обратиться къ тому, что гораздо менѣе поучительно и вовсе не ново: къ разбору доводовъ автора противъ предположеній комитета. Говорю „вовсе не ново", ибо всѣ разсужденія автора, ходя и не такъ подробно, или, лучше сказать, многословно, были уже въ виду комитета и для знакомаго съ ходомъ дѣла о духовно-судебномъ преобразованіи не представляютъ ничего новаго. Исключеніе составляютъ развѣ нѣкоторые критическіе пріемы, свойственные автору, достоинства которыхъ мы увидимъ ниже. Собственно говоря, въ виду такой безсодержательности книжки, едва ли стоило бы труда посвятить ей подробный разборъ. Но чрезвычайная важность предмета и очевидное стараніе автора запугать кого слѣдуетъ опасностями, грозящими церкви и Россіи отъ предполагаемой реформы, служатъ достаточнымъ основаніемъ необходимости подробнаго опроверженія доводовъ автора. Я тѣмъ болѣе считаю себя къ этому обязаннымъ, что авторъ весьма часто ссылается на мои статьи „Духовный судъ и семейное право" [1]), опровергаетъ ихъ выводы, приписываетъ мнѣ мѣстами юридическія ошибки, мѣстами навязываетъ мнѣ мысли, которыя я не думалъ высказывать. Съ другой стороны, если не сама книга, то затрогиваемый ею пред-

---

[1]) Журн. Гражд. и Торг. Права 1872 г. іюнь и августъ.

метъ даетъ намъ поводъ обратить вниманіе читателей на новые, въ упомянутыя статьи не вошедшіе доводы въ пользу нашего взгляда на недостатки дѣйствующаго брачнаго законодательства.

Возраженія наши мы намѣрены, вслѣдствіе этого, разбить на три части. Къ первой относятся замѣчанія относительно взгляда автора на процессуальное взаимоотношеніе духовныхъ и свѣтскихъ судовъ. Во второй сдѣланы будутъ замѣчанія относительно матеріальнаго брачнаго права въ связи съ предполагаемой реформой. Третья сгруппируетъ факты и замѣчанія, относящіяся къ тѣмъ изъ нашихъ прежнихъ доводовъ, о которыхъ нашъ авторъ счелъ болѣе благоразумнымъ совершенно умолчать.

I.

Разсужденія нашего автора, какъ это обусловливается характеромъ предполагаемой теперь реформы, касаются главнымъ образомъ вопросовъ процессуальныхъ, а именно—предѣловъ вѣдомства и характера дѣятельности духовныхъ судовъ. Поэтому и мы остановимся сперва на этой части его труда и прослѣдимъ шагъ за шагомъ его отдѣльные доводы, послѣ чего ужъ не трудно будетъ сдѣлать общее заключеніе о достоинствахъ его аргументаціи.

1) Характеръ и общее направленіе настоящей книги достаточно обрисовываются уже въ предисловіи издателя, г-на Елагина. Проектируемая реформа представляетъ, по его мнѣнію, весьма серьезныя опасности для православной церкви. Насколько эти опасенія основательны, мы увидимъ ниже, но любопытно, какъ г. Елагинъ доказываетъ угрожающій церкви вредъ отъ реформы. „Само государство, какъ сила внѣшняя, говоритъ онъ, не можетъ замѣстить церкви и замѣнить ея вліяніе своимъ, и вотъ, устраняя церковь и не будучи въ состояніи само заступить ея мѣсто, оно откроетъ просторъ вліянію доктринъ противоцерковныхъ и противогосударственныхъ“. А чрезъ нѣсколько строкъ мы читаемъ слѣдующее: „Русскій народъ, по милости Божіей, доселѣ въ большинствѣ искренно и глубоко преданъ православію, любитъ церковь и ея служителей, дорожитъ вѣрой... Не сочтетъ ли народъ проектируемыя измѣненія за оскорбленіе своей вѣры? Нѣтъ ли въ подобныхъ требованіяхъ и проектахъ опасности?“ Но разсуждать такимъ образомъ значитъ хватать веревку за оба конца. Одно изъ двухъ: или русскій народъ „глу-

боко и искренно преданъ православію" и пр., въ такомъ случаѣ преобразованія въ церковной юрисдикціи, въ сущности весьма осторожныя, не поколеблютъ нисколько этой преданности, какъ не поколебали ея болѣе существенныя петровскія преобразованія. Или такая незначительная (относительно предметовъ вѣдомства духовнаго суда и особенно брачныхъ дѣлъ, на которыя напираетъ г. Елагинъ) реформа можетъ открыть просторъ антицерковнымъ стремленіямъ, значитъ, преданность православію въ народѣ есть только внѣшняя (чего, однакожъ, нельзя утверждать, и самъ г. Елагинъ говоритъ противоположное); но развѣ можно серьезно думать, что религіозность въ народѣ можетъ быть поддерживаема регламентами и узаконеніями? Отлагая, впрочемъ, пока разборъ соображеній по существу, мы ясно видимъ, что между двумя главными доводами г. Елагина есть непримиримое противорѣчіе. Трудно предположить, чтобъ онъ этого противорѣчія не замѣтилъ: такъ оно бросается къ глаза. Но дѣло объясняется просто: необходимо какъ можно болѣе напугать иныхъ читателей, заранѣе предубѣжденныхъ противъ всякихъ „новшествъ" и потому снисходительно относящихся ко всякимъ доводамъ въ пользу statu quo. Этимъ читателямъ г Елагинъ показываетъ въ перспективѣ двѣ страшныя опасности для церкви и государства отъ реформы: съ одной стороны народъ бросается въ объятія нигилизма, радикализма и пр., а съ другой—тотъ же народъ оскорбленъ въ своихъ вѣрованіяхъ, происходятъ смуты, бунты и расколы, какъ во времена Никона. Нужды нѣтъ, что обѣ эти опасности взаимно заключаютъ одна другую и опасаться во всякомъ случаѣ можно, стало быть, только одной изъ нихъ: впечатлѣніе на извѣстный кругъ читателей можетъ быть произведено, а цѣль оправдываетъ средства. Мы увидимъ еще, что такія противорѣчія нерѣдко встрѣчаются въ этой книгѣ.

2) Свои разсужденія нашъ авторъ начинаетъ съ того, что комитетъ для духовно-судебной реформы вовсе не имѣлъ права касаться вопроса о предметахъ вѣдомства духовнаго суда. Комитету, говоритъ онъ, поручено было выработать новыя начала судоустройства и судопроизводства по духовному вѣдомству; онъ долженъ былъ ограничиться этой процессуальной стороной, а не касаться матеріальнаго права, предметовъ суда, наказаній, судомъ налагаемыхъ. Разсужденіе это не выдерживаетъ никакой критики. Юрисдикція суда, т. е. опредѣленіе предметовъ его вѣдѣнія, есть

коренной вопросъ какъ судоустройства, такъ и судопроизводства. Судъ есть механизмъ, задача котораго состоитъ въ достиженіи извѣстныхъ результатовъ его дѣятельностью. Какимъ же образомъ можно раціонально организовать его дѣятельность, не уяснивъ себѣ точно предметовъ этой дѣятельности. Всякая перемѣна въ юрисдикціи должна вызвать соотвѣтствующія приспособленія въ устройствѣ и производствѣ даннаго суда. Опредѣленіе того, какія дѣла какому суду подвѣдомы, есть основной вопросъ процессуальнаго права, а не матеріальнаго, какъ утверждаетъ нашъ авторъ. Онъ, правда, находится въ тѣсной связи съ послѣднимъ но вѣдь вообще процессъ, установляя порядокъ существованія матеріальнаго права въ случаѣ спора находится въ тѣснѣйшей связи съ послѣднимъ. Кому неизвѣстно какія измѣненія въ матеріальномъ, гражданскомъ и уголовномъ правѣ вызвала и еще болѣе продолжаетъ вызывать судебная реформа, хотя она коснулась прямо только процесса? По логикѣ нашего автора и составители судебныхъ уставовъ не имѣли права касаться юрисдикціи судебныхъ мѣстъ. Защитники юрисдикціи полиціи и другихъ административныхъ учрежденій могли сказать имъ: ваше дѣло выработать правила юрисдикціи и дѣятельности новыхъ судовъ, но объявляя уничтоженіе нашей судебной компетенціи по извѣстнымъ дѣламъ, вы вторгаетесь въ сферу матеріальнаго права, о которомъ вы не призваны судить. Но тогда никто и не думалъ выступать съ подобными аргументами, доказывать несостоятельность которыхъ предъ читателями-юристами значитъ толочь воду. Такимъ образомъ и комитетъ при св. сunодѣ для выполненія своей задачи не только имѣлъ право, но и обязанъ былъ войти въ ближайшее сужденіе о предметахъ вѣдомства духовнаго суда.

3) Нашъ авторъ не знаетъ или не хочетъ знать различія между разсужденіями de lege lata и de lege ferenda—о законѣ существующемъ и законѣ предполагаемомъ къ введенію. „Предлагаемое изслѣдованіе стоитъ на точкѣ зрѣнія церковныхъ правилъ и *дѣйствующихъ нынѣ* государственныхъ законовъ“, говоритъ онъ въ предисловіи. Вслѣдствіе этого большая часть книги состоитъ изъ выписокъ и перефразировки дѣйствующихъ законовъ. Но очевидно, что полемизировать такимъ образомъ значитъ сражаться съ вѣтряными мельницами. Никто не сомнѣвается, что дѣйствующіе законы говорятъ то-то и то-то, стало быть и доказывать тутъ нечего; говорятъ лишь, что законы эти неудовлетворительны и

должны быть замѣнены новыми: какое же значеніе имѣютъ здѣсь ссылки, какъ бы многочисленны онѣ ни были, на дѣйствующіе законы? По этому курьезному методу защитникъ крѣпостнаго права, напр., могъ бы составить весьма объемистый томъ доказательствъ невозможности реформы 19 февраля, выписавъ сотни, пожалуй даже тысячи статей, изъ которыхъ несомнѣнно явствуетъ, что крѣпостное право издавна признавалось основой нашего общественнаго быта и законодательства. Читая нашего автора, невольно изумляешься тому, какъ онъ, обходя всѣ спорные вопросы и возраженія своихъ противниковъ, старается доказать то, что никѣмъ не оспаривается, именно, что дѣйствующее право стоитъ на почвѣ церковныхъ идей и правилъ. Такъ въ одномъ мѣстѣ, сдѣлавъ длинную выписку изъ моей статьи относительно преобладанія церковнаго элемента въ нашемъ семейномъ правѣ, авторъ говоритъ: „драгоцѣнны и глубоко поучительны эти указанія какъ сами по себѣ, такъ и въ особенности потому, что идутъ со стороны, требующей гражданскаго брака“ (стр. 111). Мы не споримъ противъ того, что указанія эти весьма поучительны, но никакъ не въ томъ смыслѣ, какъ полагаетъ авторъ. Изъ того, что дѣйствующее законодательство основано на такомъ-то принципѣ, никоимъ образомъ не слѣдуетъ, что этотъ принципъ долженъ быть сохраненъ на вѣки вѣчные, коль скоро доказано, что отмѣна его желательна и даже необходима (вопросъ, который нашъ авторъ, какъ увидимъ послѣ, обходитъ молчаніемъ). Вообще нашъ авторъ большой гегеліанецъ: „все существующее разумно“—вотъ основной мотивъ всѣхъ его разсужденій. Отбросьте эту, болѣе чѣмъ смѣлую гипотезу и въ результатѣ отъ разбираемой книги ничего не останется. Но гегелевскій тезисъ (ложно, впрочемъ, понимаемый) едва ли гдѣ нибудь менѣе умѣстенъ, чѣмъ у насъ, гдѣ чуть ли не ежедневно предпринимаются новыя законодательныя преобразованія, очевидно свидѣтельствующія о томъ, что не все существующее у насъ разумно.

4) Возражая противъ передачи дѣлъ бракоразводныхъ въ свѣтскіе суды, авторъ приводитъ рядъ аргументовъ весьма шаткихъ и противорѣчивыхъ. Такъ онъ говоритъ (стр. 12) относительно расторженія браковъ по безвѣстному отсутствію, неспособности къ брачному сожитію и лишенію всѣхъ правъ состоянія „по свѣтскимъ законамъ (въ этихъ случаяхъ) не полагается никакого возмездія, главное правонарушеніе есть церковное; послѣдствія ука-

занныхъ правонарушеній опредѣляются только церковными законами. На какихъ данныхъ и по какимъ основаніямъ будетъ производить эти дѣла свѣтскій судъ, не имѣющій въ своихъ законахъ постановленій о послѣдствіяхъ и, конечно, не могущій никакимъ образомъ признать своимъ предметомъ уничтоженіе таинства церкви? Въ этой аргументаціи все невѣрно отъ начала до конца. Во первыхъ, авторъ почему-то полагаетъ, что только тѣ брачныя дѣла, которыя сопряжены съ уголовной отвѣтственностью замѣшанныхъ лицъ, могутъ быть подвѣдомы свѣтскому суду; но на чемъ основано подобное воззрѣніе, рѣшительно неизвѣстно. Юрисдикція свѣтскихъ судовъ, какъ уголовныхъ, такъ и гражданскихъ, носитъ одинъ и тотъ же характеръ. Оба они не судятъ и не могутъ судить объ уничтоженіи церковнаго таинства, но наблюдаютъ за исполненіемъ государственныхъ законовъ касательно гражданской стороны брака. Поэтому, если законодатель уже отнесъ нѣсколько категорій брачныхъ дѣлъ къ вѣдѣнію уголовнаго суда, то нѣтъ никакого основанія отрицать возможность и полезность таковой же передачи другихъ категорій суду гражданскому. Никакіе софизмы не могутъ устоять противъ слѣдующаго простого соображенія: если уголовный судъ можетъ судить о многобрачіи, кровосмѣшеніи и т. п. фактахъ, послѣдствіемъ которыхъ бываетъ уничтоженіе таинства брака духовнымъ начальствомъ, исполняющимъ только опредѣленіе уголовнаго суда, то почему же не можетъ быть поставленъ въ такое же положеніе относительно дѣлъ по безвѣстному отсутствію и пр. судъ гражданскій?

Во вторыхъ, ничего не доказываетъ то, что послѣдствія этихъ правонарушеній указаны только въ церковныхъ законахъ. Вѣдь было же время, когда и послѣдствія многобрачія напр. опредѣлялись одними церковными законами. Но государственная власть нашла это неудобнымъ, опредѣлила сама эти послѣдствія (уголовную отвѣтственность) и передала дѣла эти своимъ судебнымъ органамъ. Весьма естественно будетъ, если она сдѣлаетъ теперь тоже самое относительно тѣхъ категорій дѣлъ, о которыхъ здѣсь идетъ рѣчь, и такъ какъ здѣсь нѣтъ повода къ уголовному преслѣдованію, а имѣется въ виду уничтоженіе брака, т. е. правоотношеніе, касающееся состоянія и имущества гражданъ, то передаетъ ихъ гражданскому суду?

Съ другой стороны, самый тезисъ автора невѣренъ. И теперь X томъ опредѣляетъ послѣдствія безвѣстнаго отсутствія, неспо-

собности къ брачному сожитію и лишенія одного изъ супруговъ всѣхъ правъ состоянія. Расторженіе брака по послѣдней причинѣ даже прямо установлено не церковнымъ, а государственнымъ закономъ. Послушать нашего автора, можно подумать, что расторженіе брака по случаю лишенія одного супруга всѣхъ правъ состоянія установлено канонами церкви и регулируется кормчей книгой; между тѣмъ извѣстно, что оно тѣсно связано съ понятіемъ гражданской смерти, какъ оно установлено уложеніемъ о наказаніяхъ 1845 года, понятіемъ чисто правовымъ и чуждымъ церковному законодательству. Если церковь и признавала тяжкое преступленіе причиной развода, то она всегда подчинялась только требованіямъ свѣтскаго правосудія, а не основывалась на своемъ ученіи о брачномъ таинствѣ. Какимъ образомъ авторъ утверждаетъ, что ни уголовные законы, ни гражданскіе не содержатъ въ себѣ никакихъ постановленій объ этомъ предметѣ (т. е. послѣдствія этихъ 3-хъ категорій разводовъ), когда теперь консисторіи при разрѣшеніи ихъ руководствуются правилами X тома—для насъ загадка!

Въ третьихъ, авторъ утверждаетъ, что свѣтскій судъ не можетъ никоимъ образомъ признать своимъ церковнаго закона о таинствѣ брака. Но въ другихъ мѣстахъ (напр. на стр. 111) онъ съ тріумфомъ указываетъ на то, что и свѣтскій законъ и судебная практика считаютъ бракъ исключительно таинствомъ. Это одинъ изъ примѣровъ того, какъ авторъ не стѣсняется утверждать то одно положеніе, то противоположное, смотря по тому, „что требуется доказать“. Съ одной стороны въ его видахъ доказывать, что церковный характеръ брака не можетъ быть удержанъ русскимъ правомъ, если бракоразводныя дѣла будутъ переданы хоть отчасти гражданскимъ судамъ. Съ этой цѣлью онъ утверждаетъ, что гражданскій судъ не можетъ смотрѣть на бракъ, какъ на таинство. Съ другой стороны онъ находитъ удобнымъ доказывать, что существующій порядокъ вещей глубоко связанъ не только съ церковнымъ, но и со свѣтскимъ законодательствомъ, вслѣдствіе чего предполагаемая реформа перевернетъ вверхъ дномъ не только первое, но и второе. Тутъ онъ находитъ „драгоцѣннымъ и глубоко-поучительнымъ“ тотъ фактъ, что кассаціонный сенатъ смотритъ на бракъ съ строго-церковной точки зрѣнія. Но если такъ, то какая же опасность грозитъ церкви отъ передачи бракоразводныхъ дѣлъ такимъ учрежденіямъ, которыя

такъ ревниво охраняютъ существующій въ законѣ взглядъ на природу брака?

Наконецъ, неизвѣстно противъ кого полемизируетъ авторъ, утверждая, что свѣтскій судъ не можетъ признавать себя компетентнымъ для уничтоженія таинства церкви. Безспорно, гражданскій судъ не можетъ уничтожать таинства брака, такъ же, какъ, напримѣръ, таинства крещенія. Но вѣдь этого никто и не предлагаетъ: по проекту комитета всякое бракоразводное дѣло изъ свѣтскаго суда переходитъ въ церковный, собственно для расторженія таинства брака, порядокъ, существующій и теперь относительно нѣкоторыхъ категорій дѣлъ. Кому же авторъ отводитъ глаза, утверждая, будто въ силу реформы свѣтскій судъ призванъ будетъ кассировать церковное таинство?

5) Переходя спеціально къ дѣламъ о разводахъ по неспособности къ брачному сожитію одного изъ супруговъ, авторъ, между прочимъ, говоритъ: „чтобы дать свое заключеніе о семъ (расторженіи брака) исключительно духовномъ предметѣ, духовная власть не можетъ дѣйствовать единственно въ качествѣ исполнительнаго учрежденія, приводящаго въ дѣйствіе рѣшенія и приговоры свѣтскаго суда". На это соображеніе авторъ съ особенной силой напираетъ во многихъ мѣстахъ, доказывая, что достоинство духовнаго суда и важность предмета не допускаютъ, чтобъ расторженіе брака духовнымъ начальствомъ было простымъ исполненіемъ предшествовавшаго рѣшенія свѣтскаго суда. Но всѣ доводы автора разбиваются здѣсь объ одинъ несомнѣнный фактъ: по существующимъ законамъ въ одной категоріи бракоразводныхъ дѣлъ (именно—вслѣдствіе лишенія правъ состоянія) духовное начальство, расторгая бракъ, является не болѣе, какъ простымъ исполнителемъ предшествовавшаго рѣшенія свѣтскаго суда. Имѣя въ виду приговоръ уголовнаго суда и просьбу невиннаго супруга, духовное начальство *обязано* постановить опредѣленіе о расторженіи брака, не входя ни въ какія сужденія о возможности развода. Такой порядокъ существуетъ уже довольно давно, не возбуждая никакихъ особенныхъ неудобствъ, и нашъ авторъ, какъ безусловный панегиристъ statu quo, долженъ признавать его разумность. Почему же, спрашивается, что возможно для одной категоріи бракоразводныхъ дѣлъ, невозможно для другихъ? Вѣдь характеръ дѣятельности духовнаго начальства одинаковъ, по какой бы причинѣ ни расторгался бракъ?

Далѣе, авторъ развиваетъ тотъ же тезисъ относительно осужденія на всегдашнее безбрачіе неспособнаго супруга. Важность этого опредѣленія, говоритъ онъ, установленнаго церковнымъ, а не государственнымъ закономъ и потому могущаго исходить только отъ духовнаго вѣдомства, требуетъ, чтобъ оно было всецѣло предоставлено духовному суду, который беретъ на себя отвѣтственность за это рѣшеніе и потому долженъ имѣть право и возможность взвѣшивать основанія къ нему. Такія разсужденія относительно важности расторженія брака и его послѣдствій, отвѣтственности духовнаго суда по опредѣленію этихъ послѣдствій и необходимости поэтому его самостоятельности, встрѣчаются у нашего автора довольно часто и съ перваго взгляда кажутся довольно основательными. Дѣйствительно, не требуетъ ли здравая логика, чтобъ лицо или учрежденіе, опредѣляющее важныя для гражданъ правоотношенія, дѣйствовало при этомъ самостоятельно, сообразно съ своей отвѣтственностью? Но эти разсужденія имѣли бы смыслъ въ допетровскомъ законодательствѣ, когда церковь вѣдала всѣ дѣла брачныя исключительно, а теперь они не имѣютъ практическаго значенія. По дѣламъ, перечисленнымъ въ ст. 1012 и 1013 уст. угол. суд., духовный судъ, по дѣйствующему порядку, является простымъ исполнителемъ приговоровъ уголовнаго суда, утверждающихъ наличность данныхъ къ уголовному обвиненію и, слѣдовательно, уничтоженію брака. Получивъ приговоръ уголовнаго суда, признающаго наличность обмана, насилія при заключеніи брака, кровосмѣшенія, многобрачія или сумасшествія одного изъ супруговъ, духовный судъ имѣетъ только обязанность постановить о расторженіи брака и его послѣдствіяхъ (напр., осужденіи кого-либо на безбрачіе) согласно положительнымъ предписаніямъ закона и предшествовавшему рѣшенію, не входя въ самостоятельную оцѣнку фактической стороны дѣла. Почему же это самое не можетъ имѣть мѣста и въ другихъ категоріяхъ бракоразводныхъ дѣлъ? Авторъ какъ-будто чувствуетъ слабость своего аргумента и потому напираетъ на то, что гдѣ нѣтъ наказаній для супруга, виновнаго въ разводѣ, тамъ свѣтскому суду нечего дѣлать до разбирательства въ духовномъ судѣ (стр. 12, 15. Какъ ярый поклонникъ statu quo, онъ полагаетъ, что если по дѣйствующему праву только въ тѣхъ бракоразводныхъ дѣлахъ которыя имѣютъ уголовную сторону, свѣтскій судъ можетъ быть преюдиціаленъ духовному, то это должно остаться на вѣки вѣчные. Но каждое

брачное дѣло, если не имѣетъ уголовнаго характера, всетаки имѣетъ важную гражданскую сторону (по своимъ послѣдствіямъ для личныхъ и имущественныхъ правъ заинтересованныхъ) и потому гражданскій судъ точно также можетъ быть преюдиціаленъ для духовнаго, какъ и уголовный въ нѣкоторыхъ случаяхъ. Считать невозможнымъ для гражданскаго суда то, что давно существуетъ для уголовнаго, нѣтъ никакого основанія. Затѣмъ нужно принять во вниманіе еще слѣдуещее. Еслибы опредѣленіе послѣдствій развода, напр. осужденіе на безбрачіе, было предоставлено закономъ свободному усмотрѣнію духовнаго суда по обстоятельствамъ дѣла, тогда мнѣніе автора о необходимой его самостоятельности имѣло бы смыслъ. Коль скоро судъ приговариваетъ къ безбрачію по своему усмотрѣнію, то онъ не можетъ быть простымъ исполнителемъ чужаго рѣшенія, а самостоятельнымъ оцѣнщикомъ фактическаго содержанія дѣла. Но этого нѣтъ на дѣлѣ. Законъ положительно говоритъ, что расторженіе брака по такой-то причинѣ влечетъ за собою для одного изъ супруговъ осужденіе на безбрачіе. Точно также допущеніе или недопущеніе самаго развода, при доказанности одной изъ законныхъ его причинъ, не зависитъ отъ свободнаго усмотрѣнія суда. Мы не будемъ говорить здѣсь насколько этотъ абсолютный характеръ бракоразводнаго права раціоналенъ и справедливъ. Довольно того, что таковъ принципъ матеріальнаго права и бракоразводный процессъ долженъ съ нимъ сообразоваться. Имѣя же въ виду это начало, не трудно видѣть, что зависимость духовнаго суда отъ опредѣленія суда свѣтскаго при расторженіи браковъ не представляетъ ничего ненормальнаго. Кѣмъ бы ни установлена была фактическая сторона дѣла, свѣтскимъ ли судомъ или самимъ духовнымъ, дѣятельность этого послѣдняго по примѣненію закона къ фактамъ дѣла имѣетъ одинаково обязательный характеръ. За признаніемъ извѣстнаго факта, напр. безвѣстнаго отсутствія, по закону слѣдуетъ непремѣнно какъ расторженіе брака по желанію наличнаго супруга, такъ и осужденіе отсутствующаго на всегдашнее безбрачіе. Роль духовнаго суда поэтому можно сказать чисто механическая, такъ что нельзя говорить ни объ особенной съ его стороны отвѣтственности, ни о вытекающей изъ этого самостоятельности его функцій. Совсѣмъ другое дѣло было бы при свободной оцѣнкѣ со стороны духовнаго суда обстоятельствъ безвѣстнаго отсутствія (напр., наличности злаго умысла у отсутствующаго

супруга намѣренія бросить другаго супруга и т. п.); тогда разрывъ процесса на двѣ половины былъ бы явленіемъ неестественнымъ, какъ недопускающій цѣлостнаго внутренняго убѣжденія у суда, расторгающаго бракъ. „Свѣтскій судъ“, говоритъ авторъ, „не можетъ признать и не признаетъ закона объ этомъ послѣдствіи (т. е. осужденіи на всегдашнее безбрачіе) своимъ (такъ какъ оно основано на церковныхъ правилахъ, а не свѣтскомъ законѣ), слѣдовательно, не можетъ принять на свою отвѣтственность и опредѣленіе сего послѣдствія“ (стр. 14). Тутъ мы опять встрѣчаемся съ одной изъ весьма часто повторяющихся у автора ошибокъ. Онъ утверждаетъ, что правило, по первоначальному своему происхожденію церковное, не можетъ быть примѣняемо свѣтскимъ судомъ, хотя бы оно было санкціонировано и государственнымъ законодательствомъ. Чтобъ убѣдиться въ ложности этого тезиса, достаточно указать на правило о совмѣстной жизни супруговъ (ст. 46 и 103 т. X. ч. 1): по происхожденію своему въ русскомъ правѣ этотъ законъ чисто церковный, какъ видно изъ текста этихъ статей и ихъ источниковъ, а между тѣмъ примѣненіе его предоставлено свѣтскимъ судамъ. По логикѣ нашего автора слѣдовало бы, что и дѣла о понужденіи къ совмѣстной жизни не могутъ быть подсудны гражданскимъ судамъ, такъ какъ дѣло идетъ объ исполненіи церковнаго правила, „котораго свѣтскій судъ не можетъ признавать своимъ“. Затѣмъ, уголовный судъ, налагая наказанія за вступленіе въ бракъ въ незаконныхъ степеняхъ родства, за многобрачіе, кровосмѣшеніе и пр., тоже вѣдь охраняетъ исполненіе такихъ правилъ, которыя несомнѣнно обязаны своимъ происхожденіемъ у насъ церкви, и въ компетентности ихъ никто не сомнѣвается. Дѣйствительно, было время, когда всѣ дѣла, имѣющія какое-либо отношеніе къ семейному союзу, во всѣхъ отношеніяхъ подлежали суду церкви. Но времена эти давно прошли и даже нашъ авторъ вѣроятно потерялъ надежду на возможность введенія у насъ теперь духовной юрисдикціи по уставамъ св. Владиміра и Ярослава. А съ точки зрѣнія дѣйствующаго права дѣло представляется въ слѣдующемъ видѣ. Каково бы ни было происхожденіе даннаго правила, коль скоро оно утверждено государственной властью и внесено ею въ собраніе своихъ законовъ, оно одинаково обязательно для суда и можетъ быть имъ примѣняемо. Поэтому, относительно всѣхъ тѣхъ правилъ, которыя изложены въ X т. и уставѣ консисторій, ни-

коимъ образомъ нельзя сказать, что свѣтскій судъ не можетъ признавать ихъ своимъ закономъ. Если нѣкоторыя изъ этихъ правилъ, хотя и церковныя по происхожденію, уже и теперь исполняются гражданскимъ судомъ, то безъ малѣйшаго отступленія отъ духа закона тоже самое можетъ быть распространено на правила о расторженіи браковъ и его послѣдствіяхъ.

Далѣе, авторъ указываетъ на то, что передача дѣлъ о разводахъ по неспособности къ брачному сожитію свѣтскимъ судамъ не представляетъ никакихъ улучшеній, но усложняетъ только производство этихъ дѣлъ безъ всякой надобности. Нельзя не согласиться, что проектируемый комитетомъ порядокъ имѣетъ значительныя неудобства именно со стороны сложности и запутанности производства. Мы указывали на это задолго до нашего автора въ статьѣ „Духовный судъ и семейное право". Но дѣло въ томъ, что это неудобство, вообще говоря, существуетъ и теперь для всѣхъ брачныхъ дѣлъ, изъ которыхъ иныя могутъ 5 разъ переходить изъ одного суда въ другой, и коренится въ самой природѣ дѣйствующаго у насъ брачнаго права. Конечно, когда духовный судъ самъ производилъ всѣ брачныя дѣла, самъ и расторгалъ браки и опредѣлялъ наказанія за нарушеніе брачнаго права и устанавлялъ личныя и имущественныя послѣдствія расторженія брака, тогда процессъ былъ гораздо проще и все производство цѣльнѣе, послѣдовательнѣе. Но времена эти прошли безвозвратно. Законодательство наше давно уже, хотя и очень медленно, идетъ по пути секуляризаціи брачнаго права, и это обнаруживается главнымъ образомъ въ процессуальной регламентаціи этихъ дѣлъ, т. е. въ передачи ихъ отчасти свѣтскимъ судамъ. Но такъ какъ законъ не отрѣшился вполнѣ отъ прежнихъ воззрѣній, то происходитъ существующая теперь двоякая компетенція по этимъ дѣламъ судовъ свѣтскихъ и духовныхъ. Путаница и столкновенія, отсюда вытекающія, какъ мы высказали уже прежде, не устраняются проектомъ комитета. Но тѣмъ не менѣе, проектъ этотъ представляетъ шагъ впередъ для нашего брачнаго права, и притомъ въ двухъ отношеніяхъ.

Во первыхъ, съ принятіемъ его производство брачныхъ дѣлъ получитъ болѣе единства въ общемъ своемъ характерѣ. По дѣйствующему порядку иныя брачныя дѣла (именно тѣ, въ которыхъ затронута болѣе серьезная уголовная сторона) производятся, главнымъ образомъ, въ свѣтскомъ судѣ (уголовномъ), а духовный ре-

гулируетъ только церковную ихъ сторону, т. е. расторгаетъ таинство, опредѣляетъ церковное покаяніе, осуждаетъ на безбрачіе и т. п. Иныя же производятся преимущественно и предварительно въ духовномъ судѣ, а затѣмъ только (и притомъ не во всѣхъ категоріяхъ дѣлъ) поступаютъ въ свѣтскій судъ. Съ принятіемъ же проекта комитета установится одинъ общій порядокъ: всякое брачное дѣло производится въ свѣтскомъ судѣ, требующемъ свѣдѣній и мнѣнія въ нужныхъ случаяхъ отъ духовнаго начальства, а затѣмъ для разрѣшенія церковной стороны передается духовному начальству. Читателямъ-юристамъ нѣтъ надобности доказывать, что стройность и единообразіе, которыя такимъ образомъ приданы будутъ брачному процессу, сами по себѣ составляютъ важное улучшеніе дѣйствующаго права.

Во вторыхъ, что по нашему мнѣнію еще важнѣе, эта процессуальная реформа непремѣнно повлечетъ за собою давно ожидаемыя и необходимыя во всѣхъ отношеніяхъ измѣненія въ матеріальномъ семейномъ правѣ. Неизбѣжныя недоразумѣнія и столкновенія съ духовнымъ судомъ обратятъ, наконецъ, вниманіе законодателя на крайне ненормальное состояніе брачнаго права. Теперь, когда бракоразводный и вообще брачный процессъ составляетъ исключительное достояніе духовнаго суда, онъ раздѣляетъ общую участь всего нашего духовнаго быта: сильный застой, чрезвычайная трудность произвести какія либо улучшенія, господство личнаго усмотрѣнія, а главное, канцелярская тайна во всемъ. Съ передачей брачныхъ дѣлъ въ свѣтскіе суды, по тѣсной связи между формой процесса и матеріальнымъ правомъ, недостатки дѣйствующаго права выяснятся въ скоромъ времени, сдѣлаются достояніемъ науки и общественнаго сознанія, и практически укажутъ, какія улучшенія необходимы въ этой отрасли права.

Еслибы процессуальная реформа на одномъ этомъ остановилась, мы согласились бы съ авторомъ, что улучшеніе, ею представляемое, во всякомъ случаѣ не особенно велико. Но съ указанной точки зрѣнія мы приходимъ къ противоположному выводу.

Между тѣмъ, нашъ авторъ (стр. 104), приводя выписку изъ моей статьи о духовномъ судѣ, дѣлаетъ слѣдующій выводъ изъ нея. „Оказывается, что предполагаемая комитетомъ передача брачныхъ дѣлъ изъ духовныхъ судовъ въ свѣтскіе есть полумѣра, ни къ чему не ведущая, кромѣ затрудненій и столкновеній всякаго

рода". Повидимому, между этимъ отзывомъ и другими мѣстами моей статьи, гдѣ я указывалъ на проектъ комитета, какъ на „шагъ впередъ" брачнаго законодательства, есть противорѣчіе, но послѣ сказаннаго выше ясно, что противорѣчія тутъ на дѣлѣ нѣтъ. Проектъ комитета можетъ быть названъ „полумѣрой, ни къ чему не ведущей", только въ томъ случаѣ, еслибы процессуальное преобразованіе остановилось на одномъ этомъ. Но такъ какъ это невозможно и всякое улучшеніе еще рѣзче указываетъ необходимость дальнѣйшихъ реформъ, то нельзя не отнестись сочувственно къ проекту комитета, несмотря на его половинчатость.

„Если вѣнчать браки, расторгать ихъ и осуждать на безбрачіе", говоритъ авторъ (стр. 15), „предоставлять духовному вѣдомству, а судить, т. е. изслѣдовать основанія для расторженія брака,—свѣтскому суду, тогда не будутъ соблюдены самыя первыя и очевидныя требованія юридической и общественной логики". Удивительно, какъ авторъ не замѣтилъ, что его упрекъ, въ сущности справедливый, относится не столько къ проекту комитета, сколько къ упорно отстаиваемому имъ status quo брачнаго права, дальнѣйшее развитіе котораго представляетъ проектъ комитета. По дѣйствующему праву во многихъ случаяхъ изслѣдованіе основаній къ разводу предоставлено свѣтскому суду (напр. при разводѣ по случаю лишенія правъ состоянія, многобрачія и кровосмѣшенія), а самое расторженіе брака есть дѣло духовнаго начальства. Такая двойственность, правда, непослѣдовательна, но, какъ мы замѣтили уже, необходимо вытекаетъ изъ того, что законъ не можетъ отречься еще отъ стариннаго смѣшенія церковнаго элемента съ гражданскимъ въ семейномъ правѣ. Пока не произведено будетъ полное раздѣленіе этихъ двухъ началъ, непослѣдовательность и ея послѣдствія всегда будутъ присущи нашему праву въ той или другой формѣ. Проектъ же комитета не вноситъ въ этомъ отношеніи новаго начала въ наше законодательство, а развиваетъ только дѣйствующій принципъ, и потому упрекъ автора къ нему относиться не можетъ.

Затѣмъ авторъ приводитъ еще отзывъ св. синода противъ передачи дѣлъ о неспособности къ брачному сожитію въ свѣтскій судъ. Изъ замѣчаній этого отзыва наиболѣе существеннымъ представляется слѣдующее. „Духовный судъ обязанъ (и въ этомъ существенный его долгъ) принять всѣ мѣры къ тому, чтобъ этотъ фактъ не былъ причиной къ разводу, т. е. чтобъ супруги, не смо-

тря на дѣйствительность природной неспособности одного изъ нихъ, оставались въ брачномъ союзѣ, какъ остаются въономъ супруги, когда неспособность началась по вступленіи уже въ бракъ". Можно поспорить еще о томъ, дѣйствительно ли такое стремленіе духовнаго начальства удерживать супруговъ въ узахъ брака даже тогда, когда основная идея брака отсутствуетъ, есть благодѣтельная вещь, заслуживающая поощренія со стороны законодателя. Но, оставаясь даже на этой точкѣ зрѣнія, нужно замѣтить, что это возраженіе безсильно противъ проекта комитета.

Комитетъ предлагаетъ установить слѣдующій порядокъ: заявленіе о разводѣ поступаетъ первоначально къ архіерею и если ему не удастся примирить супруговъ, оно переходитъ въ гражданскій судъ, а затѣмъ въ духовный. Эта предварительная процедура у епархіальнаго начальства даетъ полную возможность послѣднему употребить всѣ старанія для сохраненія брака въ силѣ.

Съ другой стороны мы увѣрены, что еслибъ нашъ авторъ, вмѣсто длинныхъ выписокъ изъ всѣхъ извѣстныхъ законовъ и т. п., потрудился доставить намъ статистическія данныя хоть бы о числѣ бракоразводныхъ дѣлъ, начатыхъ формальнымъ порядкомъ и прекращенныхъ примирительно, вслѣдствіе консисторскихъ увѣщаній, то оказалось бы, что цифра эта совершенно ничтожна и увѣщанія эти суть не болѣе, какъ пустая формальность.

Мы не будемъ распространяться здѣсь объ извѣстномъ спорѣ о томъ, прилично ли или нѣтъ духовному суду разбирать факты относительно неспособности къ брачному сожитію, такъ какъ объ этомъ было довольно говорено въ печати Мы не придаемъ этому доводу большаго значенія, хотя никакіе софизмы не могутъ затемнить того, подсказываемаго здравымъ смысломъ, соображенія, что суду, состоящему изъ лицъ духовныхъ, отчасти притомъ монашествующихъ, не такъ удобно разбирать судебно-медицинскіе факты извѣстнаго свойства, какъ суду свѣтскому. Но замѣтимъ одно. Нашъ авторъ и авторитеты, на которые онъ ссылается, прямо выражаютъ слѣдующее мнѣніе: въ дѣлахъ о неспособности къ брачному сожитію какъ духовный, такъ и свѣтскій судъ есть простой исполнитель заключенія медицинскихъ экспертовъ; поэтому гражданскій судъ представляется лишней инстанціей, передающей суду духовному заключеніе врачебной управы, что теперь удобнѣе дѣлается непосредственно. Но этотъ взглядъ ошибоченъ. Духовный судъ, вслѣдствіе формальнаго своего характера

и по незнакомству судей съ вопросами, затрогиваемыми производствомъ подобнаго дѣла, дѣйствительно есть слѣпой исполнитель заключеній медиковъ. Но между свѣтскими судьями, конечно, чаще встрѣчаются люди, настолько знакомые съ судебной медициной, чтобъ умѣть относиться критически къ заключеніямъ экспертовъ. Идея же правильнаго суда заключается въ свободной оцѣнкѣ судьями всѣхъ фактовъ каждаго дѣла, между прочимъ и заключеній экспертовъ, которыя по судебнымъ уставамъ не обязательны для суда.

Гражданскій судъ, въ которомъ будетъ разбираться подобное дѣло, можетъ и самъ, независимо отъ заявленій сторонъ, усомниться въ правильности и полнотѣ данной экспертизы и вообще относиться къ ней критически. Такимъ образомъ цѣли правосудія гораздо болѣе будутъ гарантироваться здѣсь, чѣмъ при теперешнемъ порядкѣ, когда, по сознанію самихъ его защитниковъ, эти дѣла рѣшаются собственно во врачебныхъ управахъ, что едва ли соотвѣтствуетъ мысли закона.

6) Переходя затѣмъ къ дѣламъ о расторженіи браковъ по безвѣстному отсутствію, авторъ не представляетъ ни одного новаго довода въ защиту существующаго порядка, но, по обыкновенію, опирается главнымъ образомъ на дѣйствующіе законы, тогда какъ рѣчь идетъ именно объ ихъ измѣненіи. Для характеристики критическихъ пріемовъ автора, укажемъ на слѣдующее обстоятельство. Указъ сената отъ 18 мая 1871 г., подтверждающій прежній порядокъ производства этихъ дѣлъ консисторіями, при содѣйствіи полиціи, есть для него высшее доказательсто разумности этого порядка. Но при этомъ онъ ни однимъ словомъ не касается возраженій, сдѣланныхъ нами противъ юридической правильности этого указа („Журн. Гр. и Торг. Пр." 1872 г., кн. 3, стр. 435 и сл.), какъ будто бы эти возраженія ему неизвѣстны. Когда предъявляется притязаніе къ имуществу безвѣстно отсутствующаго, говоритъ онъ (стр. 21), тогда изслѣдованіе производится окружными судами; но когда оставшійся супругъ ищетъ развода, тогда дѣло обращается къ духовному суду. Разныя цѣли иска—оттого и разныя компетенціи; духовный судъ не можетъ разрѣшать вопроса объ имуществѣ, а свѣтскій—о таинствѣ брака. Но мы доказали тамъ, что безвѣстное отсутствіе какъ правильно признаетъ наука, есть одно цѣльное явленіе, хотя и влечетъ за собой различнаго рода послѣдствія для отсутствующаго и связан-

ныхъ съ нимъ узами брака или крови лицъ. Не естественнѣе ли и разумнѣе во сто кратъ установить одинъ порядокъ изслѣдованія о безвѣстномъ отсутствіи съ тѣмъ, чтобъ послѣдствія потомъ опредѣлялись каждое компетентнымъ судомъ (какъ предлагаетъ комитетъ), чѣмъ удержать два порядка дознанія объ одномъ и томъ же, причемъ неизбѣжны или противорѣчія между результатами изслѣдованій, что составляетъ настоящій судебный скандалъ, или излишняя работа, когда результаты эти совпадаютъ.

Разсуждая такъ, какъ авторъ, мы пришли бы къ слѣдующему выводу. Когда предъявляется требованіе о разводѣ вслѣдствіе многобрачія, положимъ, виновнаго супруга, то духовный судъ не можетъ довольствоваться приговоромъ объ этомъ уголовнаго суда, такъ какъ уголовный судъ можетъ разсматривать многобрачіе только по отношенію къ одному его послѣдствію — опредѣленію наказанія виновному, но не со стороны другаго его послѣдствія— расторженія брака. Поэтому духовный судъ долженъ самостоятельно произвести изслѣдованіе о рѣшенномъ уже дѣлѣ для того, чтобъ расторгнуть бракъ. „Разныя цѣли иска, оттого и разная компетенція". Аналогія между этимъ выводомъ и упомянутыми разсужденіями автора—полная. Но извѣстно, что на практикѣ и теперь существуетъ противоположный порядокъ. Изслѣдованія о многобрачіи, равно какъ другихъ преступленіяхъ, влекущихъ за собой расторженіе брака, производится однимъ судомъ—свѣтскимъ, такъ какъ фактъ многобрачія одинъ, хотя послѣдствія его разныя, а затѣмъ каждое изъ этихъ послѣдствій опредѣляется компетентнымъ судомъ (духовнымъ, гражданскимъ), но безъ новаго изслѣдованія всего фактическаго содержанія дѣла. Этотъ фактъ (упущенный нами изъ виду прежде при разборѣ сенатскаго указа 1871 г.) доказываетъ, что даже, во всѣхъ подробностяхъ, проектъ комитета стоитъ вполнѣ на почвѣ дѣйствующаго права, распространяя только признанные въ немъ уже принципы, но не вводя ни одного новаго.

Правда, могутъ возразить слѣдующее. Въ уголовныхъ дѣлахъ упомянутой категоріи изслѣдованіе уголовнымъ судомъ непремѣнно должно предшествовать производству въ духовныхъ судахъ относительно расторженія брака. Духовное начальство не можетъ принять къ производству дѣло о признаніи недѣйствительности брака вслѣдствіе многобрачія, прежде чѣмъ дѣло это будетъ разсмотрѣно и рѣшено свѣтскимъ судомъ. Между тѣмъ, при безвѣстномъ

отсутствіи даннаго лица, искъ о разводѣ съ нимъ можетъ быть начатъ прежде и независимо отъ заявленій, съ чьей бы то ни было стороны, правъ на его имущество. Послѣднія, можетъ быть, даже вовсе и не будутъ заявлены. Если же такимъ образомъ, все производство о безвѣстномъ отсутствіи ограничится преслѣдованіемъ одной цѣли — расторженія брака, почему не предоставить все это производство тому суду, который компетентенъ именно для опредѣленія этого послѣдствія, т. е. суду духовному? Такое возраженіе не выдерживаетъ критики, какъ имѣющее случайный, а не принципіальный характеръ. Въ большинствѣ случаевъ гораздо вѣроятнѣе, что при безвѣстномъ отсутствіи даннаго лица будутъ предъявлены требованія и къ его имуществу, и къ расторженію брака съ нимъ. Одна уже возможность заявленія обоихъ требованій должна побудить законодателя установить одинъ способъ производства изслѣдованій по такимъ заявленіямъ, чтобы избѣжать двойной процедуры и возможности противорѣчій между рѣшеніями разныхъ судовъ по одному предмету. Этотъ порядокъ нормаленъ и удобенъ во всѣхъ случаяхъ, тогда какъ дѣйствующая система можетъ обойтись безъ неудобствъ лишь въ случаяхъ исключительныхъ, на которые разсчитывать законъ не имѣетъ никакого основанія. Мы не говоримъ уже объ указанной нами несообразности участія полиціи въ производствѣ этихъ изслѣдованій, послѣ того какъ судебные уставы отняли у полиціи всякое участіе въ гражданскомъ процессѣ.

7) Относительно дѣлъ о недѣйствительности браковъ, заключенныхъ по насилію, обману или въ сумасшествіи одного изъ супруговъ, авторъ, защищая существующій порядокъ, по обыкновенію опирается главнымъ образомъ на гегелевское: все дѣйствительное разумно. Особенно важнымъ, въ его глазахъ, представляется то, что, при обсужденіи судебныхъ уставовъ, признано необходимымъ оставить все относящееся до духовныхъ судовъ въ прежнемъ видѣ. Приводя опредѣленіе св. синода отъ 1864 г., принятое къ соображенію и составителями судебныхъ уставовъ, авторъ говоритъ: „за таковымъ, ясно выраженнымъ мнѣніемъ св. синода, принятымъ и въ судебные уставы, не представляется никакихъ основаній къ перерѣшенію вопроса, два раза двумя высшими законодательными властями, церковной и свѣтской, согласно разрѣшеннаго" (стр. 52). Нечего и говорить, что такой доводъ и самъ по себѣ не имѣетъ никакого значенія. Никакія реформы

были бы немыслимы безъ признанія возможности невѣрныхъ результатовъ въ прежнихъ рѣшеніяхъ даннаго вопроса. Но дѣло въ томъ, что авторъ вообще неправильно смотритъ на отношеніе составителей судебныхъ уставовъ къ духовной юрисдикціи. Въ то время признано было необходимымъ, для того, чтобъ не усложнить и безъ того громадной работы преобразованія судебной части, оставить пока безъ обсужденія и измѣненія все относящееся къ духовному суду. Это было тѣмъ естественнѣе, что св. синодъ далъ тогда обѣщаніе приступить къ пересмотру духовно-судебной части, а безъ этого пересмотра какимъ образомъ возможно было тогда рѣшеніе тѣхъ или другихъ частныхъ вопросовъ. Такимъ образомъ, государственный совѣтъ, соглашаясь тогда съ мнѣніемъ св. синода относительно сохраненія statu quo по различнымъ вопросамъ церковнаго суда, вовсе не входилъ въ обсужденіе этихъ мнѣній по существу такъ, чтобъ его опредѣленія могли связывать теперь законодательную власть, когда, наконецъ, наступила пора реформы всей духовно-судебной части. Никакого „перевершенія“ здѣсь нѣтъ, потому что прежде откладывалось разсмотрѣніе этихъ вопросовъ и потому сохранено statu quo, а теперь они стоятъ на очереди и ждутъ разсмотрѣнія по существу.

Далѣе, самъ авторъ признаетъ, повидимому, необходимость становиться на другую точку зрѣнія и говоритъ: „если сторонникамъ противной мысли извѣстенъ этотъ взглядъ составителей судебныхъ уставовъ на спорный вопросъ, то они должны бы сказать хотя одно слово — почему и въ чемъ заблуждались составители уставовъ“ (стр. 54). Здѣсь ужь признается необязательность прежнихъ взглядовъ, если только будетъ доказана ихъ ошибочность. А ошибочность того вывода, который авторъ дѣлаетъ изъ словъ государственнаго совѣта въ этомъ мѣстѣ, будетъ тотчасъ нами указана.

8) Переходя къ производству дѣлъ о многобрачіи, авторъ прежде всего доказываетъ слѣдующій тезисъ. По ст. 1013 уст. уг. суд., дѣла о многобрачіи разсматриваются предварительно уголовнымъ судомъ, который, однакожъ, требуетъ свѣдѣній о заключеніи новаго брака при существованіи прежняго отъ духовнаго *суда*. Авторъ увѣряетъ, что законъ употребилъ выраженіе „духовный судъ“ не случайно, а съ намѣреніемъ и полнымъ признаніемъ, что дѣятельность духовнаго вѣдомства въ собраніи требуемыхъ свѣдѣній есть не административная, а непремѣнно су-

дебная“ (стр. 57—8). Эту мысль авторъ повторяетъ нѣсколько разъ (см. стр. 59) и выводитъ изъ нея, что дѣла о многобрачіи собственно прежде рѣшаются въ духовномъ судѣ, а потомъ переходятъ въ уголовный. Съ перваго взгляда кажется, что разсужденіе это довольно основательно: при извѣстной тщательности редакціи судебныхъ уставовъ и на основаніи общихъ правилъ толкованія законовъ, позволительно заключать, что въ указанной статьѣ выраженіе „духовный судъ“ употреблено съ намѣреніемъ, а не случайно. Но для того, кто ближе познакомится съ этимъ вопросомъ, онъ представляется въ слѣдующемъ видѣ.

До изданія судебныхъ уставовъ, власть судебная вообще не была отдѣлена отъ административной. Судьи были такими же чиновниками по своему вѣдомству, какъ и всякіе другіе чиновники. Многія административныя мѣста и лица пользовались судебной властью по нѣкоторымъ категоріямъ дѣлъ, а судьи, въ свою очередь, исполняли разныя административныя обязанности, преимущественно по охраненію казеннаго интереса. Понятно, что такое смѣшеніе на дѣлѣ вызывало постоянное смѣшеніе или безразличное употребленіе выраженій, обозначающихъ обѣ эти функціи. Выраженіе „правительственныя присутственныя мѣста“ не рѣдко употреблялось (и удержалось до сихъ поръ въ прежнихъ законодательныхъ актахъ) для обозначенія мѣстъ судебныхъ. Но еще сильнѣе это смѣшеніе двухъ властей, въ дореформенный періодъ, господствовало въ вѣдомствѣ духовномъ, гдѣ раздѣленіе администраціи и суда встрѣчаетъ до сихъ поръ чрезвычайныя затрудненія въ самой организаціи церкви (особенно вслѣдствіе соединенія въ лицѣ епископа обѣихъ властей). Поэтому въ законахъ прежняго времени выраженія епархіальное начальство и духовный *судъ* употребляются совершенно безразлично, чисто случайно. Самъ авторъ въ другомъ мѣстѣ (стр. 36) доказываетъ это многими примѣрами, да, впрочемъ, это и не нуждается въ доказательствахъ, такъ какъ бросается въ глаза при чтеніи почти каждой относящейся сюда статьи закона. Съ изданіемъ уставовъ 1864 г. смѣшеніе это исчезло на дѣлѣ въ общей системѣ суда и управленія и потому какъ эти уставы, такъ и всѣ послѣдующіе законы строго различаютъ и въ выраженіяхъ своихъ судъ отъ администраціи. Но смѣшеніе осталось до сихъ поръ для духовнаго вѣдомства, потому что составители судебныхъ уставовъ, какъ мы сказали, оставили безъ измѣненія все, касающееся

этого вѣдомства. Такимъ образомъ, по отношенію къ роли духовнаго начальства, выраженія судебныхъ уставовъ, вообще столь точныя, имѣютъ такъ же мало значенія, какъ выраженія 2-й ч. X тома, ибо повторяютъ вполнѣ эти послѣднія. Для человѣка, относящагося безпристрастно къ дѣлу, должно быть ясно, что если, какъ вѣрно замѣчаетъ авторъ, выраженіе „духовное начальство" употребляется закономъ часто вмѣсто „духовный судъ", то точно также и послѣднее выраженіе можетъ быть употребляемо (какъ это и есть на дѣлѣ) вмѣсто перваго, и стало быть ни одно изъ нихъ не доказываетъ, что законодатель имѣлъ въ виду въ каждомъ случаѣ именно судебную или административную власть духовенства. Выраженія судебныхъ уставовъ имѣли бы здѣсь значеніе, еслибъ тогда по крайней мѣрѣ возбужденъ былъ вопросъ о томъ: какой характеръ имѣетъ дѣятельность духовнаго начальства по разнымъ категоріямъ дѣлъ—судебный или административный? Еслибъ вопросъ этотъ былъ поставленъ тогда, было бы основаніе утверждать, что законъ, имѣя въ виду это сомнѣніе, употребляетъ свои выраженія обдуманно. Но такъ какъ вопросъ этотъ впервые поставленъ только теперь, то выраженія въ родѣ ст. 1013 уст. угол. суд. ничего не доказываютъ. Трудно, кажется, не согласиться съ правильностью этой аргументаціи.

Но авторъ, поставивъ себѣ задачей доказывать извѣстные тезисы, не взирая ни на какія опасности для логики и здраваго смысла, разсуждаетъ иначе. Когда ему указываютъ на многочисленныя выраженія въ родѣ „епархіальное начальство", онъ говоритъ: выраженія эти употребляются закономъ вмѣсто „духовнаго *суда*". Самъ же онъ цѣпляется за каждое изъ выраженій послѣдняго рода и доказываетъ, что законъ употребляетъ ихъ намѣренно, имѣя въ виду, что дѣятельность духовнаго начальства въ указываемыхъ случаяхъ настоящая судебная, а не административная. Такъ онъ въ упомянутомъ (№ 7) вмѣстѣ, цитируя изъ разсужденій государственнаго совѣта относительно производства дѣлъ объ обманахъ и пр. при бракахъ то мѣсто, гдѣ нѣсколько разъ употреблено выраженіе „духовный судъ", доказываетъ, что государственный совѣтъ этимъ призналъ судебный характеръ дѣятельности духовнаго вѣдомства по этимъ дѣламъ. Читатель можетъ судить теперь, какую цѣну имѣетъ подобный доводъ, нѣсколько разъ повторяемый авторомъ въ разныхъ мѣстахъ. Такіе критическіе пріемы мы не можемъ иначе назвать,

какъ фокусъ—покусами, отнимающими у разсужденій автора всякое серьезное значеніе.

9) Затѣмъ авторъ, продолжая разборъ порядка производства дѣлъ о многобрачіи, доказываетъ, что нормальнымъ слѣдуетъ признать слѣдующій порядокъ. Дѣла эти предварительно разсматриваются духовнымъ начальствомъ въ судебномъ порядкѣ, причемъ разрѣшаются окончательно вопросы о дѣйствительности браковъ и объ отвѣтственности совершившихъ ихъ духовныхъ лицъ, а затѣмъ переходятъ въ уголовный судъ для разрѣшенія вопроса: виновенъ ли NN. въ употребленіи подлога или обмана, или въ другомъ противозаконномъ дѣяніи, съ помощью котораго вступилъ во второй бракъ при существованіи прежняго? При такомъ раздѣленіи, говоритъ авторъ, духовный судъ разрѣшитъ окончательно вопросы о совершеніи перваго и втораго браковъ и о послѣдствіяхъ этого для участвовавшихъ лицъ (осужденіе на безбрачіе, эпитимія и пр.). Уголовный же судъ будетъ разсматривать побочные вопросы о привходящихъ уголовныхъ моментахъ, причемъ рѣшеніе духовнаго суда будетъ для него обязательно. Такимъ образомъ не будетъ никогда противорѣчія между рѣшеніями обоихъ судовъ, тогда какъ теперь бываетъ, что присяжные оправдываютъ обвиняемыхъ въ многобрачіи, а духовный судъ признаетъ фактъ многобрачія и установляетъ его послѣдствія для обвиняемыхъ (стр. 60 и сл.).

Всѣ эти выводы, по ближайшемъ ихъ разсмотрѣніи, оказываются основанными на ошибкахъ. Во первыхъ, авторъ ссылается на 151 ст. основныхъ положеній по преобразованію судебной части, гдѣ было сказано: въ дѣлахъ о преступленіяхъ противъ союза брачнаго приговоръ уголовнаго суда постановляется послѣ разсмотрѣнія въ духовномъ судѣ вопросовъ какъ о дѣйствительности и законности брака, такъ и о нарушеніи преступленіемъ церковныхъ правилъ. Но изъ того, что статья эта не вошла въ судебные уставы, конечно скорѣе можно заключить наоборотъ, что выраженное въ ней правило не соотвѣтствуетъ началамъ нашего законодательства, вслѣдствіе чего оно и отвергнуто при окончательномъ обсужденіи уставовъ. Кромѣ того статья эта ужъ потому не имѣетъ никакого значенія теперь, что тогда вопросъ о духовной юрисдикціи вовсе не подвергался самостоятельному обсужденію, какъ въ настоящее время.

Во вторыхъ, авторъ, какъ ясно видно изъ всѣхъ его разсуж-

деній, полагаетъ, что во всѣхъ случаяхъ многобрачія возникаетъ вопросъ о какомъ-либо самостоятельномъ преступномъ дѣяніи (обманѣ, подлогѣ и т. п.), при помощи котораго совершенъ былъ незаконный второй бракъ. Поэтому онъ думаетъ, что вопросъ о виновности даннаго лица въ многобрачіи всегда можетъ быть разбитъ на два отдѣльныхъ вопроса: 1) о виновности въ совершеніи втораго брака и 2) о виновности въ употребленіи для этого противозаконныхъ средствъ. Но это грубая ошибка, отъ которой автора могло бы уберечь внимательное чтеніе ст. 1554, улож. о нак. Статья эта состоитъ изъ трехъ отдѣловъ. Въ первомъ сказано: „кто изъ лицъ христіанской вѣры, состоящихъ въ брачномъ союзѣ, вступитъ въ новый бракъ при существованіи прежняго, тотъ *за сіе* подвергается“ и пр. Во второмъ отдѣлѣ сказано: „если *однакожъ* доказано, что лицо, обязанное прежнимъ супружествомъ, скрыло сіе для вступленія въ новый противозаконный бракъ, то виновный въ семъ обманѣ подвергается“ и пр. Третій отдѣлъ установляетъ еще болѣе тяжкое наказаніе въ случаѣ представленія подложныхъ документовъ. Очевидно, что 1-я часть ст. 1554 предусматриваетъ такіе случаи, когда все преступленіе состоитъ собственно въ заключеніи новаго брака при прежнемъ, безъ всякихъ, увеличивающихъ вину обстоятельствъ. Спрашивается, по какимъ фактическимъ признакамъ будетъ поставленъ присяжнымъ вопросъ въ такихъ дѣлахъ, если принять систему автора? Виновенъ ли NN во вступленіи въ новый бракъ при существованіи прежняго? Но этотъ вопросъ уже разрѣшенъ духовнымъ судомъ и не можетъ быть перевершаемъ. Виновенъ ли такой-то въ совершеніи такого-то противозаконнаго дѣянія для вступленія въ новый бракъ? Но по обстоятельствамъ дѣла такихъ противозаконныхъ дѣяній вовсе нѣтъ и потому обвиненіе возбуждено на основаніи 1-й части ст. 1554, а не 2-й или 3-й ея части. Придется развѣ присяжнымъ сдѣлать вопросъ, смыслъ котораго будетъ заключаться въ слѣдующемъ: долженъ ли быть подвергнутъ NN наказанію уголовному за дѣяніе, которое, какъ признано уже другимъ судомъ, имъ совершено и даже вмѣнено ему уже въ вину (осужденіе на эпитимію и пр.)? Но извѣстно, что на разрѣшеніе присяжныхъ, по самому свойству этой формы суда, должны быть поставлены два вопроса: совершилъ ли такой-то противозаконное дѣяніе и можетъ ли оно быть вмѣнено ему въ вину. Отдѣлить одинъ изъ этихъ вопросовъ, какъ предрѣшаемый другимъ судомъ обяза-

тельно для присяжныхъ, немыслимо безъ искаженія самой сущности суда присяжныхъ. Даже въ случаяхъ, предусмотрѣнныхъ во 2-мъ и 3-мъ отд. ст. 1554, присяжнымъ не можетъ быть поставленъ вопросъ въ такой формѣ, какъ предлагаетъ авторъ: виновенъ ли NN въ совершеніи обмана или подлога для вступленія во 2-й бракъ. Преступленіе заключается здѣсь главнымъ образомъ въ самомъ двоебрачіи, а обманъ и пр. есть усиливающее вину обстоятельство, но не обманъ составляетъ главное преступленіе, караемое уголовнымъ закономъ, какъ ошибочно полагаетъ авторъ. Въ результатѣ выходитъ, что авторъ предлагаетъ превратить присяжныхъ въ исполнителей рѣшенія духовныхъ судовъ: послѣдніе установятъ фактъ двоебрачія и опредѣлятъ наказаніе виновнымъ по церковнымъ правиламъ, а затѣмъ присяжные своимъ приговоромъ подвергнутъ обвиняемыхъ еще и уголовному наказанію. Правда, авторъ утверждаетъ, что и тотъ, кто признанъ духовнымъ судомъ виновнымъ въ двоебрачіи, можетъ быть оправданъ присяжными относительно обмана, подлога и т. п. (стр. 68), такъ что самостоятельность уголовнаго суда будетъ сохранена и противорѣчія между обоими судами не будетъ. Но изъ того, что сказано выше, видно, что предположеніе это основано на двойной ошибкѣ: 1) будто въ каждомъ дѣлѣ о многобрачіи есть два противозаконныхъ элемента — нарушеніе церковнаго закона, караемое духовнымъ судомъ, и уголовные элементы (обманъ, подлогъ и пр.), караемые свѣтскимъ судомъ, и 2) будто наказаніе по уложенію полагается только за послѣднія дѣянія, а не за самое двоебрачіе. Итакъ реформа, предлагаемая авторомъ, требуетъ совершеннаго искаженія принципа суда присяжныхъ для дѣлъ о многобрачіи. Мы можемъ освободить себя отъ обязанности доказывать неосуществимость этого проекта.

Но еслибъ предлагаемое авторомъ измѣненіе и могло осуществиться, то оно было бы совершенно безполезно. Авторъ говоритъ, что съ принятіемъ его предложенія устранится возможность противорѣчія между приговорами присяжныхъ, оправдывающихъ обвиняемыхъ въ многобрачіи, и рѣшеніями духовныхъ судовъ, признающихъ, что многобрачіе было, и опредѣляющихъ его послѣдствія по церковнымъ правиламъ. Случаи такихъ противорѣчій, какъ извѣстно, уже были на практикѣ. Указывая на нихъ, я высказалъ прежде, что противорѣчіе это лежитъ въ самомъ существованіи двухъ разнородныхъ судовъ и двухъ системъ

матеріальнаго права для одной и той же категоріи дѣлъ и не можетъ быть устранено никакимъ внѣшнимъ согласованіемъ статей закона. Авторъ (стр. 69) конечно съ этимъ не соглашается и утверждаетъ, что проектируемое имъ измѣненіе процесса можетъ устранить эти противорѣчія. Посмотримъ, насколько это справедливо.

При существующемъ порядкѣ духовный судъ имѣетъ полную возможность ограждать дѣйствіе церковныхъ правилъ о двоебрачіи, если даже уголовный судъ оправдалъ данное лицо по обвиненію въ этомъ преступленіи. Духовный судъ можетъ и даже долженъ признавать незаконность втораго брака и осудить виновнаго на безбрачіе и эпитимію, хотя бы онъ предшествовавшимъ рѣшеніемъ уголовнаго суда былъ оправданъ по обвиненію въ двоебрачіи. Послѣдній приговоръ нисколько не преюдиціаленъ для духовнаго начальства, ибо свѣтскій судъ не призванъ судить о законности брака и о церковныхъ послѣдствіяхъ нарушеній законовъ о союзѣ семейномъ. Притомъ же присяжные могутъ оправдывать даже признавая, что обвиняемый совершилъ какое-то дѣяніе, но находя, что оно не должно быть вмѣнено ему въ вину; а между тѣмъ простаго факта вступленія во второй бракъ при первомъ достаточно для духовнаго суда, чтобъ опредѣлить церковныя его послѣдствія. Итакъ оправдательный приговоръ присяжныхъ легально нисколько не стѣсняетъ духовное начальство въ разборѣ дѣла по церковнымъ правиламъ, и авторъ безуспѣшно старается доказать противное. „Получивъ оправдательный приговоръ, говоритъ онъ, что должно дѣлать духовное вѣдомство? Признать новый бракъ недѣйствительнымъ и подвергнуть вступившихъ въ оный эпитиміи? Но присяжные сказали, что обвиняемый невиновенъ и уничтожить новый бракъ или назначать наказаніе невиннымъ значило бы поступить вопреки приговору присяжныхъ“, и далѣе: „главный подсудимый признанъ (приговоромъ присяжныхъ) невиннымъ и *бракъ его законнымъ*“ (стр. 66, 67); стало быть, говоритъ авторъ, затруднительно духовному начальству преслѣдовать виновныхъ въ совершеніи втораго брака духовныхъ лицъ. Эти разсужденія совершенно невѣрны. Самъ авторъ постоянно указываетъ на то, что законъ нашъ не признаетъ свѣтскіе суды компетентными для опредѣленія законности брака. Но здѣсь, когда ему хочется выставить полную будто-бы зависимость духовнаго суда отъ свѣт-

скаго въ дѣлахъ о многобрачіи, онъ, въ силу знакомаго уже намъ пріема, утверждаетъ противное, именно, что оправдательный приговоръ присяжныхъ по дѣлу о двоебрачіи признаетъ законность втораго брака и вообще лишаетъ духовное начальство возможности дѣйствовать относительно двоебрачныхъ по церковнымъ правиламъ. На самомъ дѣлѣ этотъ вопросъ о законности втораго брака и о церковныхъ послѣдствіяхъ двоебрачія вовсе не можетъ быть поставленъ на разрѣшеніе присяжныхъ и слѣдовательно приговоръ ихъ ни въ чемъ не стѣсняетъ духовное начальство. Противорѣчіе между рѣшеніями двухъ этихъ судовъ, на возможность котораго мы указывали прежде, не есть формальное, легальное, какъ полагаетъ авторъ, а внутреннее, логическое. Дѣйствительно, то, что данное лицо не подвергнуто уголовному наказанію за двоебрачіе, а духовнымъ судомъ осуждено на епитимію и пр. за это преступленіе, не составляетъ еще внѣшняго, формальнаго противорѣчія, ибо оба эти рѣшенія могутъ быть приведены въ исполненіе одновременно, не нарушая одно другое. Присяжные, не отрицая факта двоебрачія, могутъ найти, что по ихъ внутреннему убѣжденію фактъ этотъ не долженъ быть вмѣненъ обвиняемому въ вину; а духовный судъ, дѣйствуя на основаніи церковныхъ правилъ, налагаетъ на обвиняемаго тѣ кары, которыя, въ силу этихъ правилъ, безусловно слѣдуютъ за двоебрачіемъ. Формальное противорѣчіе было бы лишь тогда, еслибъ одинъ судъ напр. опредѣлялъ тѣ самыя наказанія, отъ которыхъ освободилъ обвиняемаго другой судъ. При теперешнемъ же положеніи процесса противорѣчіе это имѣетъ только логическій характеръ, такъ какъ послѣдовательность требуетъ, чтобъ съ оправданіемъ даннаго лица въ одномъ судѣ оно не подвергалось никакимъ невыгоднымъ послѣдствіямъ за это самое дѣяніе по приговору другаго суда. Но вѣдь послѣдовательность требуетъ также, чтобъ въ законѣ не было нѣсколькихъ разнородныхъ и постановляемыхъ различными судами наказаній за одно и тоже дѣяніе. Она требуетъ также напр., чтобъ рядомъ съ судебнымъ преслѣдованіемъ не существовало административнаго. Гдѣ нарушены эти требованія логики, тамъ неизбѣжны и противорѣчія (не формальныя, а логическія) между постановленіями разныхъ вѣдомствъ по одному дѣлу. У насъ, какъ извѣстно, бываютъ случаи, что оправданное судомъ лицо потомъ подвергается административному преслѣдованію и даже арестуется

при выходѣ изъ залы суда, причемъ это дѣлается на законномъ основаніи и не противорѣча приговору суда. Удивительно ли, что такое не разногласіе обнаружится между отношеніемъ суда къ дѣлу о двоебрачіи и дѣйствіями духовнаго начальства, руководящагося тоже не общими законами, а своими спеціальными правилами?

Но можетъ быть дѣйствительно это противорѣчіе не такое принципіальное и устраняется предлагаемой авторомъ реформой?

Реформа эта заключается въ томъ, что духовный судъ прежде разсматриваетъ дѣло о двоебрачіи и опредѣляетъ его церковныя послѣдствія, а затѣмъ передаетъ его уголовному суду, который опредѣляетъ наказаніе по уложенію или оправдываетъ подсудимаго. Но, спрашивается, развѣ въ послѣднемъ случаѣ (т. е. оправданія) не будетъ внутренняго противорѣчія между обоими приговорами? Правда, авторъ полагаетъ, что присяжные судятъ не о самомъ двоебрачіи, а о противозаконномъ дѣяніи для оступленія во второй бракъ, но ошибочность этого уже указана выше. И даже съ этой точки зрѣнія противорѣчіе неизбѣжно. Если законъ, какъ полагаетъ авторъ, предполагаетъ въ каждомъ двоебрачіи обманъ, подлогъ и пр., и если рѣшеніе духовнаго суда обязательно для уголовнаго, то присяжные *обязаны* отвѣчать утвердительно на вопросъ о виновности въ двоебрачіи, если фактъ признанъ уже духовнымъ судомъ. Иначе, отрицая существованіе того, что по закону составляетъ необходимое средство для совершенія двоебрачія, они тѣмъ самымъ отрицаютъ и послѣднее, вопреки приговору духовнаго суда.

Но обязать присяжныхъ руководствоваться относительно своего приговора рѣшеніемъ другаго суда невозможно, ибо это значило бы превратить ихъ изъ судей въ исполнителей чужихъ рѣшеній. А безъ этой обязательности логическія противорѣчія между приговорами двухъ судовъ неизбѣжны, все равно будетъ ли дѣло о многобрачіи разбираться прежде въ свѣтскомъ судѣ, а потомъ въ духовномъ, или наоборотъ. Такимъ образомъ проектъ автора соединяетъ въ себѣ два качества, изъ которыхъ каждое достаточно для того, чтобъ онъ былъ рѣшительно отвергнутъ, онъ и неосуществимъ и безполезенъ.

10) Перейдемъ вслѣдъ за авторомъ къ производству дѣлъ о вступленіи въ бракъ въ незаконныхъ степеняхъ родства и пр. (ст. 1014 и 1015 уст. угол. суд.). Возставая противъ мысли, что

всякое дѣло можетъ быть разсматриваемо настоящимъ судебнымъ порядкомъ только въ одномъ судѣ, а не въ двухъ разнородныхъ судилищахъ, авторъ, во первыхъ ссылается, на то, что при составленіи судебныхъ уставовъ дѣйствующій порядокъ производства брачныхъ дѣлъ признанъ былъ не заключающимъ въ себѣ ничего несообразнаго съ началами уголовнаго судопроизводства (стр. 74). Но мы указали уже выше, что тогда вовсе не былъ подвергнутъ самостоятельному обсужденію вопросъ объ отношеніяхъ свѣтскаго суда къ духовному по дѣламъ смѣшанной подсудности. Притомъ же, еслибъ вопросъ этотъ и былъ тогда обсужденъ со всѣхъ сторонъ, то авторитетъ прежняго воззрѣнія теряетъ всякое значеніе въ виду предпринимаемой теперь реформы, такъ какъ опытъ доказалъ, что дѣйствующая система несостоятельна.

Во вторыхъ, авторъ говоритъ: „никакой судъ не можетъ быть поставленъ въ положеніе исполнителя приговоровъ другаго суда“ — тезисъ безспорный самъ по себѣ, но заключающій въ себѣ въ данномъ случаѣ petitio principii. Комитетъ говоритъ: дѣятельность духовнаго вѣдомства по дѣламъ брачнымъ обыкновенно имѣетъ, или по крайней мѣрѣ должна имѣть, характеръ административный, а не судебный, ибо не можетъ быть двухъ независимыхъ судебныхъ разбирательствъ по одному дѣлу и потому дѣятельность эта должна состоять въ исполненіи рѣшеній свѣтскихъ судовъ. Авторъ, утверждая противное, доказываетъ одинъ изъ своихъ тезисовъ другимъ, который также еще нуждается въ доказательствѣ. Дѣятельность духовнаго начальства по этимъ дѣламъ, говоритъ онъ, есть самостоятельная судебная. ибо никакой судъ не можетъ быть сдѣланъ простымъ исполнителемъ чужихъ рѣшеній. Но вѣдь въ томъ-то и дѣло, что, какъ утверждаютъ сторонники реформы, роль эта не судебная, а какъ административное учрежденіе духовное начальство можетъ быть поставлено въ положеніе исполнителя рѣшеній свѣтскаго суда, тѣмъ болѣе, что оно давно уже находится въ такомъ положеніи по многимъ брачнымъ дѣламъ, напр. при расторженіи брака вслѣдствіе лишенія супруга правъ состоянія (см. выше). Такимъ образомъ аргументація автора вращается въ какомъ-то circulus vitiosus, доказывая поочередно одно положеніе другимъ, еще недоказаннымъ.

Нѣсколько дальше однакожъ авторъ, въ силу извѣстнаго намъ уже пріема утверждать то одно положеніе, то противное, смотря по надобности, забываетъ начало, высказанное имъ прежде, что

никакой судъ не можетъ быть однимъ исполнителемъ чужихъ рѣшеній и утверждаетъ слѣдующее: по дѣламъ, указаннымъ въ ст. 1014, 15 уст. уг. суд., приговоръ духовнаго суда обязателенъ для уголовнаго относительно дѣйствительности и свойства событія; но *мѣра* уголовной отвѣтственности опредѣляется уголовнымъ судомъ самостоятельно (стр. 76). Выходитъ стало быть, что уголовный судъ здѣсь не болѣе какъ простой исполнитель рѣшенія духовнаго суда: послѣдній призналъ, что обвиняемый вступилъ въ бракъ въ запрещенной степени родства, уголовный судъ долженъ признать не только дѣйствительность совершенія преступнаго дѣянія, но и вмѣненіе его въ вину. Ему предоставлено только опредѣлить *мѣру* наказанія, да и то потому, что духовному начальству ужъ никакъ не приходится опредѣлять самому сроки тюремнаго заключенія. Вотъ какъ авторъ вѣренъ своему тезису, что одинъ судъ не можетъ быть исполнителемъ рѣшеній другаго суда! Само собою разумѣется, что этотъ выводъ нелѣпъ. Судъ, организованный по началамъ судебныхъ уставовъ, не можетъ быть поставленъ въ такое положеніе, чтобъ другой судъ предрѣшалъ для него не только вопросъ о дѣйствительности извѣстнаго событія (таково отношеніе между уголовнымъ и гражданскимъ судомъ въ извѣстныхъ случаяхъ), но и всю оцѣнку факта относительно виновности и вмѣненія, такъ чтобъ ему оставалось бы только опредѣлить мѣру наказанія. Обращаемся къ закону и находимъ слѣдующее. По ст. 1014 и 1015 уст. уг. суд. уголовный судъ въ дѣлахъ, тамъ перечисленныхъ, „по передачѣ ихъ изъ духовнаго суда, опредѣляетъ уголовную отвѣтственность подсудимыхъ“, а не мѣру этой отвѣтственности, какъ утверждаетъ авторъ; стало быть уголовный судъ можетъ и оправдать данное лицо, не смотря на то, что духовнымъ судомъ признано за нимъ нарушеніе церковнобрачнаго правила о степеняхъ родства и т. под. Съ умысломъ ли авторъ исказилъ такъ смыслъ цитируемаго имъ же самимъ закона или по ошибкѣ—мы судить не беремся.

Другія замѣчанія автора по этой категоріи дѣлъ мы разсмотримъ впослѣдствіи.

11) Отсюда видно, въ какой степени основательны замѣчанія автора на стр. 81 и слѣд. Возражаетъ онъ здѣсь противъ моего указанія на возможность противорѣчія между приговорами духовныхъ и свѣтскихъ судовъ по упомянутой категоріи дѣлъ. „Гдѣ гарантія въ томъ, что лице, осужденное духовнымъ судомъ за

вступленіе въ 4-ый бракъ напр., писалъ я, не будетъ оправдано по тому же обвиненію въ уголовномъ судѣ? Вѣдь хотя въ уст. уг. суд. и нѣтъ прямо выраженнаго правила о томъ, что приговоръ духовнаго суда необязателенъ для свѣтскаго, но это само собою разумѣется, ибо необязательность эта вытекаетъ изъ сущности уголовной юрисдикціи". Авторъ находитъ здѣсь „рѣшительное недоразумѣніе". Духовный и уголовный судъ судятъ здѣсь не одни предметы въ одномъ дѣлѣ, а разные: первый рѣшаетъ вопросъ о преступномъ событіи и церковныхъ его послѣдствіяхъ, а второй—*мѣру* уголовной отвѣтственности. Духовные суды по характеру своему суть тоже уголовные и потому рѣшенія ихъ также обязательны для общихъ уголовныхъ судовъ, какъ рѣшеніе одного уголовнаго суда для другаго или военнаго суда для уголовнаго; а при такой обязательности приговоровъ духовнаго суда для уголовнаго противорѣчія между ними невозможно. Все это какъ можно судить по сказанному выше, невѣрно. По ст. 1015 уст. уг. суд. уголовный судъ опредѣляетъ не мѣру виновности подсудимыхъ по этимъ дѣламъ, а самый вопросъ о виновности. Сравненіе съ отношеніемъ между уголовными судами и военно-уголовными несостоятельно. Эти суды никогда не бываютъ въ такомъ соотношеніи, чтобъ одинъ судъ разбиралъ вопросъ о виновности лица въ такомъ преступномъ дѣяніи, которое было уже предметомъ разбирательства другаго суда; если данное преступное дѣяніе было разбираемо военнымъ судомъ, то никакъ уже не будетъ разсматриваться по существу и въ отношеніи къ тому же лицу въ общемъ судѣ, и наоборотъ. Поэтому приговоръ одного суда можетъ имѣть значеніе для другаго лишь какъ отдѣльный фактъ (напр. для опредѣленія вліянія рецидива и т. п.) въ дѣлѣ, подлежащемъ его разбору, такъ же какъ гражданскій судъ можетъ рѣшать нѣкоторые отдѣльные фактическіе вопросы обязательно для уголовнаго суда, и не предрѣшаетъ самого вопроса о виновности; въ отношеніи этого вопроса судъ, разбирающій дѣло по существу, не можетъ быть связываемъ никакими предыдущими рѣшеніями, не переставая быть судомъ. И самый вопросъ о противорѣчіи между приговорами военнаго и уголовнаго суда въ томъ смыслѣ, какъ мы говоримъ здѣсь о противорѣчіи между судами уголовнымъ и духовнымъ, вовсе не можетъ возникнуть, ибо законъ нашъ вообще не допускаетъ существованія нѣсколькихъ разнородныхъ наказаній, налагаемыхъ разными судами за одно и

тоже дѣяніе. Но въ томъ-то и заключается ненормальная особенность дѣлъ смѣшанной свѣтско-духовной подсудности, что здѣсь за одно и тоже дѣяніе опредѣляются закономъ нѣсколько *разнородныхъ* послѣдствій, такъ что вопросъ о виновности даннаго лица въ одномъ преступлнніи необходимо долженъ быть разсматриваемъ по существу двумя судами, претендующими оба, хотя не съ одинаковымъ правомъ, на полную самостоятельность. Еслибъ авторъ понималъ это, онъ не нашелъ бы никакого недоразумѣнія въ моемъ замѣчаніи о противорѣчіи, возможномъ между двумя рѣшеніями по дѣламъ этой категоріи.

Съ какой легкостью въ мысляхъ авторъ относится къ дѣлу, видно изъ слѣдующаго. Самъ онъ говоритъ, что отношеніе духовнаго и свѣтскаго суда по этимъ дѣламъ въ сущности сходно съ ихъ отношеніемъ по дѣламъ о многобрачіи. Между тѣмъ въ производствѣ послѣднихъ дѣлъ онъ самъ признаетъ возможность противорѣчій, а относительно этихъ дѣлъ онъ находитъ противорѣчія невозможными. Гдѣ-жъ тутъ логика?

12) Чтобъ еще болѣе объяснить читателямъ сущность разлада между церковнымъ и свѣтскимъ законодательствомъ и вытекающую отсюда возможность противорѣчія между разными рѣшеніями по одному дѣлу, мы сдѣлаемъ маленькое отступленіе въ другую сферу. Отпаденіе отъ православія въ иное исповѣданіе лица, принявшаго св. крещеніе, признается нашимъ закономъ за общее преступленіе, наказаніе за которое налагается уголовнымъ судомъ по улож. о наказ. (ст. 185). Но съ другой стороны крещеніе есть таинство, сила котораго поэтому не можетъ быть опредѣляема никакимъ свѣтскимъ учрежденіемъ, а только духовною властью. Какія возможны вслѣдствіе этого противорѣчія и недоразумѣнія, обнаружило извѣстное дѣло Кацмана. Кацманъ, кантонистъ изъ евреевъ, въ малолѣтствѣ былъ окрещенъ въ православіе, но продолжалъ исповѣдывать іудейство, вслѣдстіе чего преданъ былъ суду по ст. 185 улож.. на основаніи требованія московской духовной консисторіи. Окружной судъ оправдалъ его, а обвинительный приговоръ палаты отмѣненъ былъ сенатомъ. Такимъ образомъ Кацманъ вышелъ изъ суда оправданнымъ. „Судебн. Вѣстникъ“ № 37 за 1871 г.) высказалъ мнѣніе, что этотъ приговоръ суда даетъ ему право считаться оффиціально евреемъ, но это безъ сомнѣнія ошибка. Крещеніе есть церковное таинство и разъ принявшій его навсегда остается въ глазахъ закона и церкви

христіаниномъ, развѣ духовная власть признаетъ, что крещеніе совершено было неправильно. Слѣдовательно, Кацманъ остался христіаниномъ во всѣхъ отношеніяхъ, хотя судъ призналъ за нимъ право безнаказанно исполнять обряды іудейства, что запрещено христіанамъ. Логическое противорѣчіе и ненормальность такого положенія очевидны, и однакожъ судъ, безъ сомнѣнія, не былъ связанъ опредѣленіемъ о виновности Кацмана и вправѣ былъ вынести оправдательный приговоръ. Причина же разлада, какъ ясно видно изъ хода этого дѣла, заключается не въ процессуальной неправильности отношеній между свѣтскимъ и духовнымъ судомъ, а въ недостаткахъ матеріального права, въ невозможности примѣненія здравыхъ началъ уголовнаго правосудія къ той правовой сферѣ, которая проникнута устарѣлыми идеями другаго характера. Аналогія же между вопросами, возбуждаемыми дѣломъ Кацмана, и тѣми, которые мы прежде разсматривали, полная и безусловная. Бракъ есть таинство, также какъ и крещеніе. Но оба эти акта имѣютъ не одно религіозное, но и гражданское значеніе. Поэтому нарушеніе церковныхъ правилъ относительно ихъ влечетъ по нашему закону не однѣ церковныя кары, но въ опредѣленныхъ случаяхъ и уголовныя наказанія. Вслѣдствіе этого вопросъ о виновности въ такихъ нарушеніяхъ дѣлается предметомъ двойнаго самостоятельнаго разсмотрѣнія въ духовныхъ и свѣтскихъ учрежденіяхъ, а по различію принциповъ, руководящихъ дѣятельностью этихъ учрежденій, неизбѣжнымъ результатомъ такого порядка являются противорѣчія и несообразности. Совѣтуемъ автору вдуматься въ эти простые факты и онъ измѣнитъ, по всей вѣроятности, свой взглядъ на дѣло.

13) Но возвращаемся къ дальнѣйшимъ соображеніямъ автора относительно производства дѣлъ о прелюбодѣяніи. Здѣсь авторъ особенно энергически отстаиваетъ дѣйствующій порядокъ отъ предположеній комитета. Происходитъ ли это отъ того, что бракоразводные процессы этой категоріи особенно сложны и потому наиболѣе выгодны для консисторскихъ дѣльцовъ, намъ неизвѣстно, но несомнѣнно то, что авторъ съ особеннымъ стараніемъ развернулъ здѣсь свой талантъ—набирать какъ можно болѣе пунктовъ: „числомъ по болѣе, цѣною подешевле". Съ перваго взгляда эта масса доводовъ запугиваетъ читателя, особенно менѣе знакомаго съ дѣломъ, но по ближайшемъ разсмотрѣніи все зданіе оказывается карточнымъ домикомъ.

Такъ въ примѣчаніи на стр. 84 авторъ говоритъ: „здѣсь необходимо опровергнуть ошибочное мнѣніе, будто осужденіе на всегдашнее безбрачіе лица, за прелюбодѣяніе котораго расторгнутъ бракъ, должно почитаться исключеннымъ и недѣйствующимъ". Затѣмъ онъ приводитъ мнѣнія гг. Побѣдоносцева и Спасовича, дѣйствительно утверждавшихъ этотъ ошибочный взглядъ, и говоритъ: „за ними тоже повторяетъ г. Оршанскій". Чтожъ оказывается на повѣркѣ? Въ томъ мѣстѣ, которое цитируетъ авторъ, я не только не повторяю мнѣнія гг. Побѣдоносцева и Спасовича, но прямо указываю на его ошибочность. Авторъ же заблагоразсудилъ привести оттуда лишь первое предположеніе безъ послѣдняго и вышло такъ, будто онъ опровергаетъ мой ошибочный взглядъ, тогда какъ я самъ доказалъ невѣрность этого взгляда.

Далѣе авторъ говоритъ: „церковь, отъ которой требуютъ разорванія таинства, не можетъ постановить сего важнѣйшаго опредѣленія на основаніи изслѣдованія, не ею произведеннаго, не можетъ принять за несомнѣнное доказательство прелюбодѣянія приговоръ какого-либо другаго суда кромѣ собственнаго" (стр. 86). Этотъ аргументъ имѣлъ бы значеніе во времена Алексѣя Михайловича, но не имѣетъ смысла въ виду дѣйствующаго теперь права. Когда духовная власть расторгаетъ бракъ вслѣдствіе двоебрачія одного изъ супруговъ или лишенія его всѣхъ правъ состоянія, она не входитъ въ разборъ доказательствъ того, совершилось ли то дѣяніе, которое даетъ поводъ къ расторженію брака или признанію его незаконнымъ, но принимаетъ за безусловно доказанное то, что установлено приговоромъ уголовнаго суда. Когда же рѣчь идетъ о распространеніи этого порядка на дѣла о прелюбодѣяніи, консисторскіе юристы подымаютъ гвалтъ и кричатъ: мы не можемъ признать прелюбодѣяніе доказаннымъ, пока оно не будетъ доказано у насъ въ консисторіи. Но гдѣжъ тутъ логика? Почему однѣ причины развода могутъ быть установлены свѣтскимъ судомъ, а другія нѣтъ? Ужъ не обладаютъ ли дѣла о прелюбодѣяніи такимъ особеннымъ свойствомъ, что судъ присяжныхъ, признанный всѣмъ цивилизованнымъ міромъ за лучшій способъ раскрытія истины по всѣмъ уголовнымъ дѣламъ, несостоятеленъ только для разбора этихъ дѣлъ?

Точно также, когда говорятъ о передачѣ разбора фактической стороны нѣкоторыхъ брачныхъ дѣлъ (именно тѣхъ, гдѣ нѣтъ уголовнаго элемента—по безвѣстному отсутствію физической неспо-

собности и др.) гражданскимъ судомъ, авторъ говоритъ: мы не можемъ принять чужаго рѣшенія доказательствомъ тѣхъ фактовъ, на основаніи которыхъ мы кассируемъ бракъ. Но опять таки спрашиваю: гдѣ тутъ логика? Почему консисторія подчиняется приговору уголовнаго отдѣленія окружного суда, но находитъ невозможнымъ подчиниться рѣшеніямъ гражданскаго его отдѣленія? Вѣдь въ глазахъ консисторіи оба они равносильные представители одной и той же судебной власти! Въ подтвержденіе этого взгляда авторъ ссылается на опредѣленіе синода отъ 1817 г., но онъ забываетъ, что послѣ этого въ нашемъ законодательствѣ произошли перемѣны, благодаря которымъ духовное начальство въ нѣкоторыхъ брачныхъ дѣлахъ обязано, относительно фактической стороны, полагаться на приговоры уголовныхъ судовъ (законы о расторженіи браковъ по лишеніи правъ состоянія, уложеніе о наказ. 1845 г. и законъ 1850 г. о производствѣ дѣлъ о многобрачіи). Поэтому то указанное выше опредѣленіе синода имѣетъ теперь такое же значеніе, какъ уставъ Ярослава о церковномъ судѣ.

„Проектируютъ теперь преобразованіе духовныхъ судовъ, говоритъ авторъ, и по преобразованіи они могутъ заслужить еще большее довѣріе, чѣмъ какое заслужили свѣтскіе суды“ (стр. 89). Этимъ онъ думаетъ опровергнуть замѣчаніе относительно большаго довѣрія общества къ свѣтскому суду. Но не забудемъ, что въ проектѣ комитета, опубликованномъ въ „Правит. Вѣстникѣ“, сказано: члены духовныхъ судовъ (окружныхъ) утверждаются въ своемъ званіи архіереемъ „въ качества его уполномоченныхъ“. Спрашивается, возможно ли, чтобы судъ, котораго члены суть уполномоченные административной власти, могли дѣйствовать такъ безпристрастно и заслужить такое довѣріе общества, какъ суды, организованные по уставамъ 1864 г. Нужно быть очень наивнымъ, чтобъ при такихъ условіяхъ раздѣлять розовыя мечты автора относительно будущности духовнаго суда. Да и еслибъ законныя условія организаціи духовнаго суда и были измѣнены къ лучшему при разсмотрѣніи проекта комитета, de facto независимость и безпристрастіе его дѣятельности долго еще будутъ весьма проблематичны, какъ показываетъ опытъ другихъ реформъ по духовному вѣдомству (къ этому вопросу мы вернемся еще послѣ). Тутъ не имѣетъ значенія и то обстоятельство, что синодъ въ 1864 г., какъ говоритъ и авторъ, далъ „почти

рѣшительное (!) обязательство улучшить свои суды такъ, чтобъ они сдѣлались столь же способными къ открытію истины, какъ и свѣтскіе преобразованные". При самомъ искреннемъ желаніи достигнуть этой цѣли, она едва ли достижима теперь, при существующей организаціи управленія въ духовномъ вѣдомствѣ. Отмѣтимъ еще слѣдующее соображеніе. Канонисты (и въ томъ числѣ нашъ авторъ) прямо говорятъ, что задача духовнаго начальства заключается въ томъ, чтобъ всячески затруднять расторженіе браковъ, даже тамъ, гдѣ есть законныя условія развода. Возможно ли питать полное довѣріе къ суду, который преслѣдуетъ всегда извѣстныя *законныя* требованія гражданъ, предрасположенъ къ отказамъ въ искахъ этой категоріи и будетъ пользоваться каждымъ удобнымъ случаемъ къ затрудненію развода? И еслибъ иной духовно-окружный судъ и смотрѣлъ иначе, то можно ли ручаться, что, при полной зависимости судей отъ духовной администраціи, они не подчинятся давленію послѣдней и не будутъ стараться, чтобъ годичная вѣдомость о движеніи дѣлопроизводства показывала какъ можно меньше разводовъ? Желательно или нѣтъ это стѣсненіе разводовъ, этого вопроса мы коснемся послѣ; здѣсь замѣтимъ только, что невозможно довѣріе общества къ суду, такъ односторонне относящемуся къ извѣстной категоріи дѣлъ. Другое дѣло свѣтскіе суды, руководящіеся въ своихъ дѣйствіяхъ однимъ положительнымъ закономъ не преслѣдуя никакихъ другихъ постороннихъ и для общества стѣснительныхъ тенденцій: отъ нихъ дѣйствительно можно ожидать безпристрастія и строгой законности въ разборѣ брачныхъ, какъ и всякихъ другихъ дѣлъ.

Кромѣ того авторъ игнорируетъ въ своихъ мечтаніяхъ то обстоятельство, что духовное вѣдомство далеко не обладаетъ такимъ количествомъ личныхъ силъ, которыя могли бы поставить новые суды на одинъ уровень съ свѣтскими, а при неудовлетворительности личнаго состава нельзя ручаться за то, что канцелярскіе дѣльцы прежняго закала, эта язва консисторій, не будутъ играть серьезной роли и въ проектируемыхъ судахъ. При наличности же такихъ дѣятелей можно сказать — lasciate ogni speranza относительно улучшенія въ производствѣ духовнаго суда.

Авторъ приводитъ мнѣніе митрополита Платона, который полагаетъ, что отъ свѣтскихъ судовъ нельзя ожидать ни ревно-

сти къ сохраненію семейнаго союза, ни безпристрастія. Но развѣ не на нашихъ глазахъ кассаціонный сенатъ обнаружилъ такую ревность въ охраненіи церковнаго характера брака, что удовлетворилъ даже нашего автора? Почему же въ бракоразводныхъ дѣлахъ нельзя ожидать отъ свѣтскихъ судовъ охраненія основъ дѣйствующаго законодательства? Чтоже касается безпристрастія, то мнѣніе митр. Платона (1807 года) было справедливо въ отношеніи старыхъ судовъ, хотя и въ нихъ безпристрастія было никакъ не меньше, чѣмъ въ консисторіяхъ, но оно рѣшительно непримѣнимо къ новымъ судамъ.

Затѣмъ авторъ съ удивительной смѣлостью утверждаетъ, „что во всей православной церкви — и въ греческой, и въ славянской, и въ русской, дѣла бракоразводныя всегда были *и нынѣ суть* дѣла церковнаго суда, объ этомъ не нужно и напоминать, какъ о дѣлѣ общеизвѣстномъ“ (стр. 96). На самомъ дѣлѣ объ этомъ стоитъ напоминать, такъ какъ многимъ извѣстно противоположное. Изъ указаній въ моей статьѣ о духовномъ судѣ, указаній, заимствованныхъ изъ церковнаго источника, авторъ могъ видѣть, что въ Греціи давно уже существуетъ порядокъ производства брачныхъ дѣлъ, какой проектируется теперь у насъ, и введенъ онъ согласно заявленіямъ духовной власти. У австрійскихъ славянъ брачныя дѣла производятся теперь свѣтскимъ судомъ и даже введена гражданская форма совершенія брака, если духовенство отказывается вѣнчать по церковнымъ причинамъ. Если не ошибаемся, то и въ королевствѣ сербскомъ по дѣйствующему закону брачное право секуляризовано. Такимъ образомъ только чрезмѣрное рвеніе могло увлечь автора до того, чтобъ утверждать какъ фактъ общеизвѣстный то, чего вовсе нѣтъ на дѣлѣ. Это тѣмъ болѣе странно, что онъ читалъ мою упомянутую статью и если нашелъ, что указаніе мое на законодательство Греціи невѣрно, то долженъ былъ его опровергнуть, а не игнорировать и голословно утверждать противное, разсчитывая на невѣжество иныхъ читателей.

„Удобно ли было бы, спрашиваетъ авторъ, еслибъ самъ св. синодъ, столь сильно 9 лѣтъ тому назадъ защищавшій мысль объ оставленіи бракоразводныхъ дѣлъ въ духовныхъ судахъ, нынѣ возвелъ до Высочайшаго воззрѣнія предложеніе, совершенно противоположное первому“? Мы полагаетъ, что нѣтъ ничего болѣе удобнаго и приличнаго именно для высшаго пред-

ставителя духовнаго вѣдомства, какъ признать и отстаивать истину, хотя бы вопреки своему прежнему мнѣнію. Errare humanum est. Всѣ люди чести согласны въ томъ, что отказываться отъ прежнихъ воззрѣній, если ошибочность ихъ доказана, не представляетъ никакого „неудобства" съ точки зрѣнія нравственной. Въ данномъ случаѣ это очень естественно, ибо 9 лѣтъ тому назадъ, какъ замѣчено выше, вопросы духовнаго суда не подвергались такому спеціальному и разностороннему изслѣдованію, какъ теперь, а въ виду возраженій синода оставлена до времени statu quo. Теперь наступило предвидѣнное тогда время реформы въ этой области и комитетъ имѣлъ возможность ознакомиться съ воззрѣніями и интересами не одного духовнаго начальства, но и государства какъ представителя гражданскаго общества, не менѣе чѣмъ церковь заинтересованнаго въ этомъ дѣлѣ. Если при такихъ условіяхъ, давшихъ возможность теперь гораздо основательнѣе изучить дѣло чѣмъ прежде, синодъ отступится отъ прежняго мнѣнія, то въ этомъ также мало можно усмотрѣть противорѣчія, какъ въ томъ, что свѣтское законодательство, прежде согласившееся съ требованіями духовнаго вѣдомства, теперь находитъ необходимымъ измѣнить существующій порядокъ (см. выше).

Авторъ приводитъ нѣсколько мѣстъ изъ моей статьи, гдѣ говорится объ упорномъ отстаиваніи со стороны духовнаго вѣдомства объема его юрисдикціи, и выводитъ изъ этого слѣдующее: „такова естественная (!), необходимая (?) и всѣми ожидаемая дѣятельность св. синода по вопросу о подсудности бракоразводныхъ дѣлъ". Выводъ весьма оригинальный. Еслибы онъ былъ справедливъ и еслибъ упорная защита statu quo со стороны духовнаго начальства была обязательна для правительства, какъ домогается того авторъ, то никакая реформа въ сферѣ церковнаго суда не была бы возможна. Между тѣмъ, какъ мы показали уже прежде, законодательство наше хотя и медленно, но постоянно идетъ по пути реформъ, имѣющихъ одно общее направленіе—съузить количественно и качественно кругъ судебной дѣятельности духовнаго начальства, и реформы эти совершаются всегда съ согласія самого синода. Противорѣчіе между этимъ фактомъ и замѣчаніемъ нашимъ о сопротивленіи духовнаго вѣдомства ограниченію его юрисдикціи объясняется слѣдующимъ образомъ. Измѣненія въ церковной юрисдикціи затрогиваютъ не одни интересы церкви, но и государства

и послѣдними главнымъ образомъ вызываются. Духовное вѣдомство, разсматривая каждый подобный законодательный вопросъ съ своей спеціальной точки зрѣнія, конечно находитъ невозможнымъ *всякое* измѣненіе, если оно клонится хоть сколько-нибудь къ секуляризаціи брачнаго права и т. под. институтовъ, стоящихъ подъ защитой церкви. Задачею духовенства всегда будетъ полное подчиненіе всѣхъ дѣлъ этого рода суду церкви по уставамъ Владиміра и Ярослава. Тамъ, гдѣ церковь занимаетъ или стремится занять по отношенію къ государству положеніе равное, независимое или даже высшее, какъ въ католическомъ мірѣ, она всегда остается при этой узкой точки зрѣнія защиты своихъ исключительныхъ интересовъ во что бы то ни стало. Но у насъ отношеніе между церковью и государствомъ иное, чѣмъ въ католическихъ странахъ, и первая никогда не думала вести серьезную борьбу съ государствомъ, но признаетъ законность его стремленій и интересовъ, даже въ томъ случаѣ, если они расходятся съ спеціальными тенденціями духовнаго вѣдомства. Вотъ почему послѣднее, хотя естественно всегда склонное отстаивать свою юрисдикцію, пока оно стоитъ на своей спеціальной точкѣ зрѣнія, способно измѣнить свой взглядъ, когда серьезные интересы государства настоятельно требуютъ реформы. Благодаря этому, преобразованія подобнаго рода совершаются у насъ не вопреки сопротивленію духовнаго вѣдомства, но съ его согласія. Слѣдовательно, авторъ ошибается, если думаетъ, что синодъ непремѣнно долженъ и теперь оказать такое сопротивленіе предполагаемой реформѣ, какъ при составленіи судебныхъ уставовъ, и что мы ожидаемъ этого сопротивленія какъ чего-то естественнаго и неизбѣжнаго. Тогда синодъ ограничился заявленіемъ своей спеціальной точки зрѣнія и, не встрѣтивъ сопротивленія, удержалъ statu quo на время. Теперь же въ виду законодательной власти имѣется въ виду не одно это церковное воззрѣніе, но и запасъ соображеній другаго свойства, настоятельно требующихъ реформы. Въ виду этого и синодъ естественно можетъ измѣнить свой взглядъ, какъ измѣнялъ онъ его при каждой прогрессивной реформѣ, не измѣняя нисколько своему знамени и общему характеру своей дѣятельности. Отъ этихъ болѣе общихъ соображеній авторъ, съ свойственной ему безсистемностью изложенія, возвращается опять спеціально къ дѣламъ о прелюбодѣяніи. По обыкновенію онъ опровергаетъ проектируемыя измѣненія тезисами, заимствованными

изъ дѣйствующаго порядка, незамѣчая всей несообразности подобной аргументаціи. Такъ онъ вездѣ принимаетъ за непреложное и вѣчно-истинное начало, что прелюбодѣяніе есть своего рода личное оскорбленіе невиннаго супруга виновнымъ. Поэтому онъ находитъ невозможнымъ проектируемый порядокъ, въ силу котораго каждое нарушеніе супружеской вѣрности должно влечь за собой уголовное наказаніе по заявленію оскорбленнаго супруга. Невинный супругъ хочетъ только достигнуть развода, говоритъ авторъ, а его заставятъ вести дѣло уголовнымъ судомъ и доводить виновнаго до наказанія противъ своего желанія (стр. 100). Но вѣдь въ томъ-то и дѣло, что весьма сомнительно, можно ли прелюбодѣяніе сравнить съ личнымъ оскорбленіемъ. Государство слишкомъ заинтересовано въ охраненіи святости семейнаго союза для того, чтобъ допустить безнаказанность огласившагося прелюбодѣянія. Со введеніемъ духовно-судебной реформы существующій порядокъ производства этихъ дѣлъ окажется еще болѣе ненормальнымъ, чѣмъ теперь. Представимъ себѣ бракоразводный процессъ, производимый гласно въ духовномъ судѣ и изъ котораго виновный супругъ, несмотря на всю возмутительность нарушеній его супружеской вѣрности, выйдетъ безнаказаннымъ, по крайней мѣрѣ безъ уголовнаго наказанія. Между тѣмъ всякій виновный въ нарушеніи гораздо менѣе важныхъ правилъ о бракѣ (напр. вступленіе въ 4-й бракъ, не въ узаконенномъ возрастѣ и т. п.) подвергается во всякомъ случаѣ уголовному наказанію. Не будетъ ли общественная совѣсть возмущена такимъ исходомъ? Теперь по крайней мѣрѣ дѣла эти производятся келейно и общество никогда о нихъ не узнаетъ. Но авторъ, столь ревниво охраняющій вездѣ святость брака, здѣсь предпочитаетъ безнаказанность нарушителя супружескаго долга, лишь бы сохранить statu quo производства этихъ дѣлъ.

Замѣтьте еще слѣдующую несообразность. Виновный въ прелюбодѣяніи супругъ осуждается на епитимію и безбрачіе, что (какъ замѣчаетъ самъ авторъ) во многихъ случаяхъ болѣе тяжкое наказаніе, чѣмъ налагаемое уголовнымъ судомъ въ брачныхъ дѣлахъ. Авторъ однакожъ находитъ естественнымъ, что оскорбленный супругъ, требуя въ духовномъ судѣ развода, навлекаетъ упомянутыя кары на виновнаго супруга. Еслижъ рѣчь идетъ о разборѣ дѣла въ уголовномъ судѣ, его чувство гуманности возмущается тѣмъ, что обвинителя вынуждаютъ подвергать обвиняе-

маго менѣе тяжкому наказанію уголовному! Такова логика людей, преслѣдующихъ не истину, а предвзятую мысль и узкіе интересы.

„Не оставимъ безъ вниманія и того, продолжаетъ онъ, весьма тяжкаго для невиннаго супруга положенія, которое вводится предполагаемой передачей и состоитъ въ расширеніи гласности“. Авторъ забылъ на время, что и въ духовныхъ судахъ, по проекту, дѣла будутъ производиться гласно. Изъятія же для дѣлъ по нарушенію семейственныхъ правъ, производимыхъ въ извѣстныхъ случаяхъ негласно, существуютъ и по судебнымъ уставамъ и могутъ быть введены закономъ о духовно-судебной реформѣ.

По судебнымъ уставамъ, говоритъ авторъ, судьей можетъ быть и не православный. Какимъ же образомъ могутъ такія лица разбирать дѣла о расторженіи браковъ? Но, во-первыхъ, свѣтскій судъ по проекту никогда не будетъ расторгать брака, а только разслѣдовать фактическія стороны дѣянія, составляющаго законную причину развода. Само по себѣ безвѣстное отсутствіе, неспособность къ брачному сожитію и т. под. вовсе не такіе предметы, которые требуютъ „благоговѣнія“ при ихъ разсмотрѣніи, и мы рѣшительно не видимъ причины, почему судья-неправославный не можетъ разбирать факта о неспособности къ брачному сожитію, предоставляя церковно-правовые выводы изъ этого факта духовному суду. Во-вторыхъ, и прежде у насъ были судьи неправославные и даже не христіане (какъ члены магистратовъ, ратушъ, палатъ и пр.), и однакожъ консисторіи расторгали же браки на основаніи приговоровъ уголовныхъ судовъ о лишеніи правъ состоянія, двоебрачія и пр., не входя въ обсужденіе того, кто именно постановилъ приговоръ, въ какомъ составѣ было присутствіе. Относительно дѣлъ о неспособности къ сожитію, авторъ, согласно съ цитируемымъ имъ мнѣніемъ синода, признаетъ, что рѣшеніе консисторій о разводахъ по этой причинѣ основывается главнымъ образомъ на заключеніяхъ врачебныхъ управъ. Но на медицинской службѣ у насъ очень много лицъ всѣхъ вѣроисповѣданій и мы не слышали, чтобъ консисторія справлялась когда-нибудь о вѣроисповѣданіи медиковъ, дающихъ заключеніе относительно неспособности, хотя заключеніе это служитъ прямымъ основаніемъ рѣшенія. А если такимъ же основаніемъ будетъ служить рѣшеніе суда свѣтскаго, тогда будто бы неудобно руководиться для совершенія развода мнѣніемъ неправославныхъ судей. Если желательно „благоговѣйное отношеніе къ разсмотрѣнію причинъ развода“, то

почему же не требовать, чтобъ заключеніе о брачной неспособности давалось по крайней мѣрѣ православными врачами? Вотъ до какихъ нелѣпостей доводитъ церковный ригоризмъ автора; къ счастью, подобные голоса раздаются у насъ рѣдко и остаются гласомъ вопіющаго въ пустынѣ. Само духовное вѣдомство не заявляетъ у насъ такихъ дикихъ притязаній, какія обнаруживаетъ авторъ. Замѣтимъ еще, что дѣла о совмѣстной жизни супруговъ, несмотря на рѣшительно-церковный характеръ ихъ происхожденія, у насъ вѣдаются общими судами и безъ ограниченія возможнымъ неправовѣрнымъ составомъ суда. Наконецъ, еслибы найдено было нужнымъ установить изъятіе въ этомъ смыслѣ для нѣкоторыхъ дѣлъ, то гдѣ тутъ затрудненіе? Вѣдь существуетъ же подобное правило, относительно состава присяжныхъ при разборѣ дѣлъ о преступленіяхъ противъ вѣры, и въ окружномъ судѣ всегда найдется достаточно членовъ православныхъ для составленія присутствія въ нужныхъ случаяхъ.

„Интересно, говоритъ авторъ, что комитетъ, состоящій при св. синодѣ, не причисляется либеральной печатью къ числу церковниковъ, которые будетъ оказывать ему сильное противодѣйствіе. Любопытно будетъ видѣть, на которой сторонѣ будетъ самъ св. синодъ — къ комитету или къ церковникамъ"? (стр. 109).

Подобными фразами авторъ старается убѣдить кого слѣдуетъ, что синодъ непремѣнно долженъ быть противъ проекта комитета и что послѣдній виновенъ чуть ли не въ отпаденіи отъ церкви, ибо сама либеральная печать противопоставляетъ его „церковникамъ". Но этимъ именемъ мы имѣли въ виду назвать не всѣхъ, кто смотритъ на реформу, соображаясь съ ученіемъ и требованіями церкви, но тѣхъ, которые, подобно нашему автору, вопреки свидѣтельствамъ исторіи, очевиднымъ потребностямъ времени и логикѣ, упорно отстаиваютъ всякое statu quo какъ святыню. Мы видѣли уже къ какимъ натяжкамъ, противорѣчіямъ и искаженіямъ фактовъ прибѣгаетъ нашъ авторъ для этой цѣли и мы увидимъ это еще не разъ въ дальнѣйшемъ изложеніи. Что св. синодъ не принадлежитъ къ числу такихъ фанатиковъ католическаго закала, доказательствомъ тому служатъ всѣ прежнія реформы въ области церковнаго суда. Къ числу такихъ „церковниковъ" синоду нѣтъ повода и нужды приставать и теперь.

14) Отмѣтимъ еще слѣдующій фактъ. Нашъ авторъ нѣсколько разъ ссылается на мнѣнія митрополита Платона о производствѣ

бракоразводныхъ дѣлъ, какъ на важный авторитетъ, указанія котораго должны быть принимаемы къ руководству и теперь. Въ этихъ мнѣніяхъ между прочимъ сказано: „какъ дѣло сіе духовное, то надлежитъ оное производить преосвященнымъ епископамъ *лично* въ своихъ консисторіяхъ, *не чрезъ повѣренныхъ*". По проекту комитета это требованіе митропол. Платона осуществляется, такъ какъ расторженіе брака будетъ производиться архіереемъ, а не, какъ теперь, коллегіальнымъ учрежденіемъ. Нашъ авторъ не только здѣсь отступаетъ отъ мнѣнія Платона, но даже не даетъ себѣ труда объяснить, почему существующій порядокъ по его мнѣнію лучше того, который предполагается комитетомъ и соотвѣтствуетъ мысли митр. Платона. Такъ безусловно свято въ его глазахъ все то, что существуетъ теперь въ практикѣ консисторій!

Другія замѣчанія автора, относящіяся болѣе къ матеріальному праву, мы разсмотримъ въ слѣдующій разъ.

II.

Возраженія свои относительно указаній печати о необходимости реформы матеріальнаго брачнаго права нашъ авторъ формулируетъ слѣдующимъ образомъ (мы сводимъ здѣсь воедино замѣчанія, разбросанныя у него въ разныхъ мѣстахъ безъ всякой системы): всякое самое незначительное измѣненіе въ этой сферѣ неминуемо ведетъ къ гражданскому браку, т. е. къ совершенному отрѣшенію законодательства отъ церковнаго возрѣнія на бракъ; признаніе гражданской стороны въ бракѣ есть самая „пошлая точка зрѣнія» на этотъ предметъ и рѣшительно противорѣчитъ какъ всей исторіи и современному духу русскаго права, такъ и кореннымъ религіозно-общественнымъ убѣжденіямъ русскаго народа. Пишущему эти строки, обстоятельнѣе другихъ указывавшему на связь между процессуальной и матеріальной реформой брачнаго права и на необходимость этой послѣдней, авторъ нѣсколько разъ приписываетъ требованія будто бы о введеніи у насъ гражданскаго брака въ западно-европейскомъ его видѣ и уничтоженіи церковнаго элемента въ семейномъ правѣ, хотя подобныя рѣшительныя требованія въ моей статьѣ нигдѣ не были выражены. Для того, чтобъ напугать кого слѣдуетъ и выставить въ болѣе яркомъ свѣтѣ всю преступность моихъ вы-

водовъ, авторъ не гнушается прибѣгнуть къ искаженію буквальнаго содержанія цитируемыхъ имъ изъ моей статьи мѣстъ. Именно на стр. 104, 105 авторъ цитируетъ слѣдующимъ образомъ одно мѣсто изъ моей статьи о духовномъ судѣ. „Почему только въ дѣлахъ о расторженіи браковъ *церковный принципъ* долженъ утратить свое преобладающее вліяніе, а въ дѣлахъ о заключеніи браковъ вліяніе это остается попрежнему во всей силѣ? Почему же *вредный принципъ* (курсивъ у нашего автора) изгоняется изъ незначительной по объему сферы дѣлъ бракоразводныхъ и оставляется въ силѣ въ громадной массѣ дѣлъ о совершеніи браковъ?“ — „т. е. если гражданской разводъ, то и гражданскій бракъ“, прибавляетъ нашъ авторъ, какъ толкованіе моихъ словъ. И дѣйствительно, читая это мѣсто, какъ оно приведено у автора, можно подумать, что въ моей статьѣ рѣчь идетъ объ изгнаніи вреднаго церковнаго принципа всецѣло изъ нашего законодательства. На самомъ дѣлѣ авторъ исказилъ смыслъ и буквальное содержаніе цитируемаго имъ мѣста: въ первомъ предложеніи онъ поставилъ слова „церковный принципъ“ вмѣсто словъ „епархіальная власть и принципъ централизаціи“; во второмъ у меня послѣ словъ „вредный принципъ“ слѣдуютъ слова „централизаціи всей духовной власти въ лицѣ архіерея“. — Эти слова выпущены авторомъ. Въ результатѣ этой чистки моихъ словъ вышло слѣдующее. У меня въ приведенномъ мѣстѣ говорится вовсе не вообще о роли церковнаго элемента въ семейномъ правѣ, а объ одной специфической особенности нашего церковнаго права — произвольной, весьма широкой власти епархіальнаго начальства въ брачныхъ дѣлахъ. Требуя уничтоженія этой дискреціонной власти, несовмѣстимой съ прочнымъ правовымъ порядкомъ и не существующей въ такихъ размѣрахъ ни въ одной христіанской странѣ, я разумѣется нисколько ни имѣлъ въ виду уничтоженія церковнаго принципа вообще, — дѣло совершенно неосуществимое нигдѣ, а тѣмъ менѣе у насъ. Авторъ же, замѣнивъ одни слова другими въ первомъ предложеніи и выбросивъ 7 словъ во второмъ, придалъ цитатѣ совершенно другой смыслъ. Читатели вѣроятно согласятся со мной, если скажу, что такой пріемъ нашего автора есть верхъ недобросовѣстности и разсчитанъ на невѣжество и предубѣжденія извѣстнаго круга читателей.

Но оставимъ іезуитскую полемику автора и перейдемъ къ дѣлу.

Остановимся прежде всего на вопросѣ: дѣйствительно ли реформа, въ которой такъ нуждается наше брачное право, заключается въ пугалѣ гражданскаго брака и должна вести къ упраздненію церковнаго элемента? Нашему автору гражданскій бракъ мерещится вездѣ, гдѣ только рѣчь зайдетъ о самомъ скромномъ измѣненіи дѣйствующихъ въ этой сферѣ законовъ. Большинство читателей, спеціально этотъ предметъ неизучавшихъ, тоже полагаетъ, что стоитъ пересадить на нашу почву правила какого-нибудь европейскаго кодекса о гражданской формѣ совершенія браковъ — и дѣло въ шляпѣ. Въ виду этого и дабы защитить комитетъ отъ нареканій, будто предлагаемая имъ реформа бракоразводнаго процесса ведетъ непосредственно къ признанію гражданскаго брака, намъ необходимо изложить нашъ взглядъ на тѣ измѣненія, которыя настоятельно вызываются потребностями дѣйствующаго права относительно дѣлъ брачныхъ. По самому свойству дѣлъ здѣсь приходится говорить отдѣльно о дѣлахъ по расторженію и по заключенію браковъ. Начнемъ съ первыхъ, какъ имѣющихъ болѣе прямое отношеніе къ предпринимаемой теперь реформѣ духовно-судебной части.

Относительно бракоразводнаго права первую и неотложную потребность составляетъ расширеніе свободы развода. Нашъ авторъ съ ужасомъ смотритъ на всякую попытку въ этомъ смыслѣ и старается доказать, что подобныя реформы совершенно невозможны у насъ по многимъ причинамъ. Посмотримъ, насколько всѣ аргументы подобнаго рода выдерживаютъ критику.

1) „Свидѣтельства исторіи нынче, кажется, не въ большомъ уваженіи“, говоритъ нашъ авторъ въ одномъ мѣстѣ, отстаивая status quo бракоразводнаго права, и этимъ хорошо охарактеризовываетъ свое собственное отношеніе къ исторіи церковно-брачнаго права и выводамъ, которые даетъ эта исторія. Въ статьѣ о духовномъ судѣ мы доказали ссылками на несомнѣнные историческіе факты, что въ древней, до-петровской Россіи число законныхъ причинъ развода были гораздо значительнѣе чѣмъ въ настоящее время, и вообще разводъ былъ гораздо легче, чѣмъ теперь. Отсюда очевидно, что возвращеніе къ началамъ стариннаго права не можетъ считаться не опаснымъ, ни нововведеніемъ. Нашъ авторъ, для котораго „исторія“ начинается и оканчивается уставомъ консисторіи 1841 года, ни однимъ словомъ не упоминаетъ объ этомъ отдѣлѣ нашего изслѣдованія; но читатели мо-

гутъ судить, кто изъ насъ болѣе грѣшитъ неуваженіемъ къ исторіи и ея выводамъ.

2) Такое возвращеніе къ началамъ стариннаго права тѣмъ болѣе возможно, что причина, почему петровское законодательство ограничило число поводовъ къ разводу, теперь болѣе не существуетъ. Зная общій характеръ дѣятельности Петра относительно духовной власти и ея юрисдикціи, не трудно усмотрѣть, что причина эта лежитъ въ недовѣріи къ личному усмотрѣнію и дискреціонной власти судей вообще и духовныхъ судей въ особенности. Въ то время не только у насъ, но и повсемѣстно господствовало недовѣріе правительственной власти къ свободному усмотрѣнію судей при рѣшеніи дѣлъ. Эту свободу разсматривали какъ произволъ и задачей разумнаго правительства считалось обузданіе своеволія судей посредствомъ возможно болѣе точныхъ законовъ, которые превратили бы судью въ механическаго исполнителя предписаній закона. Петръ Великій, воюя со стариннымъ вліяніемъ духовной власти у насъ, старался какъ можно болѣе съузить кругъ ея юрисдикціи, ослабить ея судебно-административную дѣятельность. Многія дѣла, въ томъ числѣ и нѣкоторыя категоріи семейныхъ дѣлъ, вовсе отошли поэтому къ свѣтскимъ судамъ. Относительно же расторженія браковъ по духу того времени нельзя было и думать о передачѣ ихъ общимъ судамъ. Но для того, чтобы и здѣсь ограничить степень власти духовенства, петровскій законъ нашелъ необходимымъ оставить лишь тѣ причины развода, въ которыхъ роль судей наиболѣе механическая и наименѣе свободная. Безвѣстное отсутствіе въ теченіи извѣстнаго срока, совершенная (природная) неспособность къ брачному сожитію и прелюбодѣяніе, формально доказанное, это такіе факты, при оцѣнкѣ которыхъ для личнаго усмотрѣнія судей не остается никакого мѣста. Признаки того дѣянія или явленія, которое служитъ здѣсь основаніемъ къ разводу, вполнѣ опредѣлены, точно указаны закономъ, такъ что судъ можетъ быть лишь механическимъ исполнителемъ его предписаній. Усмотрѣніе суда можетъ играть здѣсь роль только при оцѣнкѣ доказательствъ, при составленіи убѣжденія въ томъ, доказано ли существованіе даннаго факта, но противъ этого была направлена система формальныхъ доказательствъ, господствовавшая тогда не только у насъ, но и во всей Европѣ. Другое дѣло такія причины развода, какъ тяжкая болѣзнь вообще, умопомѣшательство и жестокое обращеніе

одного супруга съ другимъ. Законодателю невозможно опредѣлить съ точностью, какія дѣянія необходимо признать жестокимъ обращеніемъ и какія не выходятъ за предѣлы признававшагося повсемѣстно права мужа наказывать жену, какія дѣйствія даютъ достаточное основаніе признать лицо помѣшаннымъ, или какая болѣзнь должна считаться настолько тяжкой, что даетъ другому супругу право на разводъ. Во всѣхъ этихъ случаяхъ законодатель по необходимости долженъ предоставить суду свободную оцѣнку фактическаго содержанія каждаго дѣла. Формальныя доказательства не могутъ здѣсь служить средствомъ обузданія свободы суда, потому что свобода эта неизбѣжна при оцѣнкѣ юридическаго значенія самаго факта. Если законъ и будетъ требовать напр. согласно показанія двухъ свидѣтелей относительно жестокаго обращенія мужа съ женой, то этимъ не будетъ устранена свобода суда въ оцѣнкѣ того, составляютъ ли доказанные факты достаточный поводъ къ разводу, и такъ во всѣхъ подобныхъ случаяхъ. По ревниво и подозрительно относясь къ самостоятельной судебной дѣятельности духовенства, петровскій регламентъ предпочелъ вычеркнуть совершенно изъ списка законныхъ причинъ развода всѣ поводы подобнаго свойства, чѣмъ удержать ихъ въ прежнемъ видѣ. Результатъ вышелъ очень странный: законодательство, имѣвшее своею главною задачей ослабить власть духовныхъ судовъ, усилило вліяніе церковнаго элемента, сдѣлавъ разводъ болѣе затруднительнымъ. Отсюда видно, что если современное право болѣе строго относится къ разводу, чѣмъ допетровское, то это никакъ нельзя приписать усилившемуся вліянію церковнаго элемента на семейное право, ибо общій ходъ историческаго развитія нашего права со времени Петра противуположный, т. е. стремится къ постепенному ослабленію этого элемента; это явленіе объясняется исключительно указаннымъ желаніемъ Петра отнять у духовныхъ судовъ возможность свободнаго усмотрѣнія при рѣшеніи извѣстной категоріи дѣлъ.

Со времени Петра однакожъ наука и опытъ доказали полную несостоятельность системы недовѣрія къ свободному убѣжденію судей и законодательной регламентаціи всѣхъ мелочей правоваго быта. Въ настоящее время всѣ согласны въ томъ, что единственно разумная система правосудія есть та, которая предоставляетъ возможно болѣе свободы усмотрѣнію суда, не только при оцѣнкѣ доказательствъ но при юридической квалификаціи подлежащихъ его оцѣнкѣ

фактовъ. Поэтому, въ силу того логическаго правила, что cessante ratione legis, cessat lex ipsa (съ прекращеніемъ причины, основанія закона, должна прекратиться и сила самаго закона), дѣйствующее петровское законодательство должно быть разсматриваемо въ исторіи нашего бракоразводнаго права, какъ явленіе временное, обусловленное случайными обстоятельствами, а потому долженствующее уступить мѣсто прежнимъ, болѣе свободнымъ началамъ. Нѣтъ болѣе теперь ни того недовѣрія къ суду и стремленія обуздывать его произволъ, которое составляло принадлежность старой судебной организаціи, ни той борьбы между свѣтскою и духовною властью, которая принадлежитъ къ числу главныхъ особенностей петровскаго царствованія; поэтому должна пасть и дѣйствующая система ограниченія причинъ развода. При этомъ для насъ безразлично будетъ ли принято предложеніе комитета о передачѣ разводныхъ дѣлъ общимъ судамъ или дѣла эти останутся въ вѣдѣніи преобразовываемыхъ духовныхъ судовъ. Общество гораздо болѣе заинтересовано въ увеличеніи числа законныхъ причинъ развода, чѣмъ въ томъ, какой судъ будетъ разбирать эти дѣла, руководясь дѣйствующимъ правомъ. Нѣтъ никакихъ причинъ опасаться свободнаго убѣжденія даже духовныхъ судей въ новомъ ихъ видѣ относительно развода по жестокому обращенію, тяжкой болѣзни и т. п., хотя вслѣдствіе стремленія духовной власти стѣснять разводъ передача этихъ дѣлъ въ свѣтскіе суды во всякомъ случаѣ весьма желательна.

Эта точка зрѣнія, хотя и новая въ нашей литературѣ, есть единственно вѣрная въ логическомъ и историческомъ отношеніи и ведетъ къ необходимости той реформы въ бракоразводномъ правѣ, которую, мы отстаиваемъ.

3) Но можетъ быть возстановленіе до-петровскихъ началъ относительно расширенія свободы развода противорѣчитъ ученію и интересамъ православной церкви. Нашъ авторъ конечно готовъ утверждать это ежеминутно, указывая на угрожающую церкви опасность отъ каждаго шага въ этомъ направленіи. Но во первыхъ, само по себѣ очевидно, что духовные суды древней Россіи знали ученіе каноническаго права и радѣли о церкви не менѣе, чѣмъ консисторскіе дѣльцы нашего времени. Во-вторыхъ, по свидѣтельству глубокаго знатока каноническаго права восточной церкви, излагающаго ученіе ея какъ по историческимъ памятникамъ, такъ и по дѣйствующимъ нынѣ правиламъ, восточная

церковь всегда признавала и нынѣ признаетъ слѣдующія законныя причины развода: 1) государственное преступленіе, 2) покушеніе на жизнь супруга и вообще опасность для жизни одного супруга отъ дѣйствій другаго, 3) прелюбодѣяніе и дурное поведеніе, дающее основаніе предполагать возможность прелюбодѣянія, 4) выкидышъ плода, 5) неспособность къ брачному сожитію, 6) безвѣстное отсутствіе, 7) умопомѣшательство и 8) вступленіе въ монастырь [1]).

Есть ли какая-нибудь возможность объяснить, почему мы одни должны удержать начала петровскаго законодательства, основываясь на временныхъ и болѣе несуществующихъ обстоятельствахъ въ то время, какъ весь восточно-христіанскій міръ, подобно древней Россіи, пользуется болѣе свободнымъ законодательствомъ, освящаемымъ самою церковью.

4) Правда, нашъ авторъ нѣсколько разъ цитируетъ мнѣніе митрополита Платона, въ которомъ между прочимъ сказано: и нынѣ разводовъ *весьма много*, а ежели отдать ихъ свѣтскимъ судамъ, то будетъ ихъ безъ числа. Читатель незнакомый съ дѣломъ можетъ подумать: если въ началѣ нынѣшняго столѣтія число разводовъ было у насъ значительно, то стало быть оно теперь даже чрезмѣрно велико, поэтому нѣтъ надобности и даже неблагоразумно заботиться объ облегченіи ихъ, такъ какъ духовные суды очевидно снисходительно относятся къ разводамъ. Но вотъ данныя, заимствованныя изъ отчета оберъ-прокурора Св. Синода за 1861 годъ и свидѣтельствующія о томъ, въ какой мѣрѣ справедливо, будто-бы у насъ и такъ разводовъ много. Въ теченіе этого года на разсмотрѣніе Св. Синода восходило бракоразводныхъ дѣлъ всего 130, изъ нихъ 39 по ссылкѣ въ Сибирь одного супруга, 26 по безвѣстному отсутствію, 17 по прелюбодѣянію и т. д. Цифры безспорно ничтожныя сравнительно съ той массой случаевъ, когда разводъ представляется возможнымъ и желательнымъ по весьма вѣскимъ основаніямъ.

5) Желательна ли вообще реформа, облегчающая разторженіе браковъ, есть ли насущная потребность въ измѣненіи дѣйствующихъ на этотъ счетъ законовъ? Лучшимъ отвѣтомъ на этотъ вопросъ могутъ служить тѣ потрясающія драмы семейной жизни, о которыхъ такъ часто, со времени введенія новыхъ судовъ, свидѣтельствуютъ судебные отчеты газетъ. Завязка и развязка этихъ

---

[1]) Цисманъ, Das Eherecht der orientalischen Kirche, s. 730—83.

драмъ обыкновенно очень просты. Мужъ тиранитъ жену, между супругами существуетъ глубокая антипатія (напр. вслѣдствіе неспособности мужа къ брачному сожитію) и дѣло кончается процессомъ по обвиненію жены въ убійствѣ или покушеніи на убійство мужа. Другая форма этихъ процессовъ — мужъ судится за жестокое обращеніе или убійство жены. Въ обѣихъ категоріяхъ дѣлъ, главная доля вины совершаемыхъ въ семейномъ быту тяжкихъ преступленій падаетъ не на преступниковъ, а на наши законы о разводѣ. Кто знаетъ сколько жизней было бы спасено, сколько лицъ освобождены были бы отъ позорной скамьи подсудимыхъ и тяжкаго наказанія, еслибъ свобода развода дала многимъ супругамъ возможность мирнымъ путемъ разорвать ставшія для нихъ невыносимыми брачныя узы. Жена, въ продолженіе многихъ лѣтъ мучимая мужемъ, не была бы вынуждена прибѣгнуть къ топору, еслибъ законъ далъ ей возможность легко и мирно избавиться отъ мужа путемъ развода. Скажутъ можетъ быть: но вѣдь она имѣетъ возможность возбудить противъ мужа уголовное преслѣдованіе, такъ какъ жестокое обращеніе мужа съ женою по закону наказуемо. Посмотримъ однакожъ, какія гарантіи даетъ этотъ законъ женѣ. По большей части составъ присяжныхъ засѣдателей у насъ крестьянскій, а крестьяне и вообще простолюдины глубоко убѣждены въ правѣ мужа наказывать жену и снисходительно относятся къ обвиняемымъ этого рязряда. Любопытно въ этомъ отношеніи дѣло, разбиравшееся въ тульскомъ окружномъ судѣ въ 1870 году. Мужъ судился за жестокое обращеніе съ женою. Жалоба жены вполнѣ подтверждалась; показанія свидѣтелей, 22 шрама на тѣлѣ и пріобрѣтенная падучая болѣзнь говорили въ пользу обвиненія, но присяжные-крестьяне оправдали обвиняемаго? [1]) И въ подобномъ случаѣ законъ не даетъ женѣ права на разводъ съ звѣрообразнымъ супругомъ! На другой день этотъ „супругъ“ могъ требовать судебнымъ порядкомъ „водворенія къ нему на жительство“ жалобницы-жены и судъ долженъ былъ бы удовлетворить его ходатайство. Но главное то: какую будущность представляетъ „совмѣстная жизнь супруговъ“ послѣ такого процесса. Не представляется ли полная вѣроятность того, что мужъ окончательно замучитъ жену, которая осмѣлилась на него жаловаться, или что послѣдняя прибѣгнетъ къ топору для

---

[1]) См. С.-Петерб. Вѣдом. 1870 г. № 358.

того, чтобы избавиться отъ невыносимой „совмѣстной жизни"? И все это для того, чтобъ фарисеи, подобные нашему автору, могли съ самодовольствомъ указывать на небольшее число разводовъ у насъ, какъ на доказательство прочности семейнаго быта?

Еслибъ виновный супругъ въ подобныхъ случаяхъ и подвергаемъ былъ всегда наказанію, то все таки цѣль закона—защитить слабаго отъ угнетенія сильныхъ—не была бы нисколько достигнута, а скорѣе наоборотъ: мужъ выместилъ бы потомъ всю злобу на жалобщицѣ-женѣ, причемъ ему нетрудно дѣйствовать такъ, чтобъ не давать вторично никакого повода къ судебному преслѣдованію. Есть явное и непримиримое противорѣчіе между уголовною наказуемостью жестокаго обращенія и тѣмъ, что оно не даетъ права на разводъ или временное разлученіе. Старые суды, какъ мы указали въ другомъ мѣстѣ, обходили эту несообразность, присоединяя къ обвинительному приговору по жестокому обращенію еще родъ фактическаго разлученія супруговъ; новые суды не рѣшаются на подобный образъ дѣйствій и потому необходимо, чтобъ законъ самъ уничтожилъ созданную имъ несообразность и тѣмъ устранилъ одинъ изъ постоянно дѣйствующихъ мотивовъ наиболѣе тяжкихъ преступленій.

Замѣтимъ еще слѣдующее. Когда рѣчь идетъ о производствѣ разводныхъ дѣлъ по прелюбодѣянію, нашъ авторъ и люди его образа мыслей говорятъ: необходимо удержать дѣйствующій порядокъ, въ силу котораго обиженному въ своихъ личныхъ правахъ супругу предоставленъ двойной путь удовлетворенія: или уголовной жалобы и наказанія виновнаго, но съ сохраненіемъ брака въ силѣ, или просьбы о разводѣ, но безъ наказанія виновнаго. Мы примѣняемъ эту самую точку зрѣнія къ другому дѣянію, тоже признаваемому православною церковью за основаніе къ разводу и нарушающему права другаго супруга не мѣнѣе, а часто и болѣе, чѣмъ прелюбодѣяніе—къ жестокому обращенію. Мы говоримъ: надо предоставить страдающему супругу, кромѣ уголовной жалобы на дурное съ нимъ обращеніе, еще право просить о разводѣ; но нашъ авторъ конечно съ этимъ не согласится.

Такова логика людей, преслѣдующихъ одну предвзятую мысль, мало заботясь объ истинѣ и требованіяхъ справедливости. Это не значитъ однакожъ, чтобъ мы признавали наиболѣе раціональнымъ распространеніе на дѣла о жестокомъ обращеніи именно того по-

рядка, который существуетъ теперь для дѣлъ о прелюбодѣяніи и предположенъ къ измѣненію комитомъ. Въ обѣихъ этихъ категоріяхъ дѣлъ уголовное преслѣдованіе должно, въ случаѣ желанія пострадавшаго супруга, сопровождаться разводомъ, въ виду того, что семейное положеніе супруговъ послѣ процесса о прелюбодѣяніи или жестокомъ обращеніи лишь въ рѣдкихъ случаяхъ можетъ удовлетворять требованіямъ закона, религіи и морали относительно семейнаго быта; съ другой стороны, невозможно допустить, какъ полагаетъ нашъ авторъ, что прелюбодѣяніе или звѣрское обращеніе съ супругомъ есть частное дѣло замѣшанныхъ лицъ и потому уголовное преслѣдованіе должно зависѣть отъ одной воли пострадавшаго. Государство слишкомъ заинтересовано въ уничтоженіи того печальнаго состоянія семейнаго быта, которое обнаруживается практикою новыхъ судовъ, для того, чтобъ предоставить произволу частныхъ лицъ преслѣдованіе возмутительныхъ преступленій противъ союза семейственнаго. Поэтому для обѣихъ этихъ категорій дѣлъ уголовное наказаніе виновныхъ, въ случаѣ оглашенія преступленія путемъ просьбы о разводѣ, должно сдѣлаться общимъ правиломъ, какъ и предложено комитетомъ для дѣлъ о прелюбодѣяніи. Во всякомъ случаѣ даже распространеніе дѣйствующаго порядка по дѣламъ послѣдняго рода на разрядъ дѣлъ о жестокомъ обращеніи было бы важнымъ улучшеніемъ дѣйствующаго права.

Но въ то время какъ народная масса по своему, не словами, а дѣломъ протестуетъ противъ несправедливости закона, недопускающаго развода по жестокому обращенію, облекая этотъ протестъ въ мрачную форму преступленій, образованное общество громко и многократно высказывало и продолжаетъ высказывать свое отношеніе къ этому вопросу. Укажемъ здѣсь только на отзывъ автора статьи „вопросъ на очереди", болѣе интересный для насъ потому, что онъ помѣщенъ въ газетѣ, издаваемой лицомъ духовнаго званія и потому всегда отстаивающей интересы и воззрѣнія церкви. Авторъ указываетъ на строгость нашихъ законовъ вообще о разводѣ, часто превращающихъ религіозно-нравственную сторону брака въ одну формальность, и въ частности на необходимость допущенія развода по жестокому обращенію [1]).

6) Но можетъ быть допущеніе развода по этой причинѣ про-

---

[1]) Современныя извѣстія, 1870 г. № 33.

творѣчитъ религіознымъ понятіямъ народа или по крайней мѣрѣ имъ не сознается возможность и полезность подобной мѣры, какъ увѣряетъ нашъ авторъ относительно другихъ, сродныхъ вопросовъ? Мы указывали уже прежде на свидѣтельство мироваго судьи Назарьева относительно массы жалобъ крестьянскихъ женъ на жестокое обращеніе мужей, причемъ главный пунктъ просьбъ обыкновенно состоялъ въ желаніи развода или временнаго разлученія. Мы можемъ указать на аналогичное показаніе мироваго посредника западнаго края. Такъ какъ у старообрядцевъ законъ не признаетъ брака, то волостной судъ не отказывается разбирать у нихъ дѣла по просьбамъ о разводѣ [1]). Нѣтъ никакого сомнѣнія, что не будь препятствія со стороны закона, волостной судъ точно также разбиралъ бы дѣла о разводахъ между православными, такъ какъ религіозныя и бытовыя понятія послѣднихъ ничѣмъ не рознятся отъ понятій старообрядцевъ. Что это такъ, видно изъ свидѣтельства другаго изслѣдователя народныхъ обычаевъ — въ архангельской губерніи. Въ случаѣ жестокаго обращенія мужей съ женами волостной судъ обыкновенно разрѣшаетъ послѣднимъ отдѣльное жительство [2]). Волостной судъ дѣлаетъ то, что онъ можетъ; но еслибъ законъ дозволялъ формальный разводъ, то страдающіе отъ жестокаго обращенія, конечно, охотнѣе обратились бы къ этому средству, какъ болѣе надежному, чѣмъ временное фактическое разлученіе.

7) Всѣ эти соображенія въ такой же мѣрѣ примѣнимы къ допущенію развода по причинѣ умопомѣшательства и тяжкой болѣзни, что, какъ мы указали прежде, допускалось стариннымъ русскимъ правомъ. Справедливость такого правила столь очевидна, что мы считаемъ излишнимъ тратить мѣсто на разъясненіе этого пункта. Столь же очевидна необходимость измѣненія дѣйствующихъ законовъ о разводѣ вслѣдствіе физической неспособности къ брачному сожитію одного изъ супруговъ. Ст. 49 т. X ч. I возбуждаетъ недоумѣнія относительно того, требуется ли для допущенія развода, чтобы неспособность была природная и притомъ обнаружилась до брака или достаточно одного изъ этихъ условій (т. е. допускается разводъ и въ томъ случаѣ, когда неспособность хотя и не природная, но началась до брака). Буквальный

[1]) Судебный журналъ, 1873 г., кн. 3, по вопросу о волостныхъ судахъ, стр. 12.

[2]) Крестьянская женщина, А. Ефименко (Дѣло 1873 г., кн. 3), стр. 85.

смыслъ статьи говоритъ въ пользу втораго толкованія („искъ не можетъ быть основанъ на причинѣ, въ предшедшей статьѣ изъясненной, если неспособность не есть природная, *или* началась уже послѣ вступленія въ бракъ“). Но замѣчательно, что практика придерживается противоположнаго взгляда и требуетъ для допущенія развода наличности обоихъ условій [1]). До такой степени вѣрно, что наше брачное право въ практическомъ своемъ осуществленіи основано не столько на положительномъ законѣ, сколько на преслѣдованіи формально-церковной идеи о нерасторжимости брака! Между тѣмъ всякое ограниченіе развода именно по этой причинѣ есть, во первыхъ, вопіющая несправедливость относительно другаго супруга, во вторыхъ, законное поощреніе разврата и разрушеніе тѣхъ самыхъ основъ семейной жизни, которыя хотятъ поддержать нерасторжимостью брака. Но предоставимъ слово автору статьи „вопросъ на очереди“, какъ лицу, стоящему на почвѣ церковнаго воззрѣнія на бракъ. „Трудно предполагать, говоритъ онъ, чтобы кто-либо могъ рѣшиться вступить въ бракъ, зная за собою такую (природную, безусловную) неспособность. (Стало быть законъ о разводѣ по этой причинѣ въ теперешнемъ его видѣ примѣнимъ только въ весьма рѣдкихъ случаяхъ, составляющихъ меньшинство общаго числа случаевъ неспособности). Между тѣмъ медицина удостовѣряетъ, что неспособность можетъ быть не только природная, но и пріобрѣтенная отъ весьма многихъ причинъ, какъ напр. паралычнаго состоянія и другихъ болѣзней, могущихъ произойти и во время брака. Главныя же причины неспособности, происходящія отъ злоупотребленія любострастными наслажденіями, отъ онанизма или отъ усиленныхъ умственныхъ занятій и отъ пьянства, обнаруживаются не вдругъ, а постепенно, и притомъ въ теченіи немалаго времени: слѣдственно причины эти могли существовать уже до брака, а послѣдствія обнаружатся уже въ бракѣ. (Въ подобныхъ случаяхъ, по буквѣ закона, можно бы допустить разводъ, ибо неспособность началась уже до брака, хотя она не природная, но практика, какъ мы видѣли, примѣняетъ законъ по своему). Каково же въ этомъ случаѣ положеніе женщины въ молодыя лѣта? Разводъ есть единственный спасительный исходъ, который закономъ не долженъ быть затрудненъ или

[1]) Русскіе законы о союзѣ семейственномъ, г. Мулловъ (Архивъ Калачева 1861 г. № 4) стр. 5.

возбраненъ, именно въ видахъ поддержать авторитетъ брака„ [1]).

8) Точно также и въ другомъ допускаемомъ у насъ разрядѣ бракоразводныхъ дѣлъ, по безвѣстному отсутствію, законъ и практика ухитрились обставить дѣло такимъ образомъ, что въ дѣйствительности разводъ по этой причинѣ дѣлается возможнымъ лишь въ рѣдкихъ, исключительныхъ случаяхъ. Указавъ на законы о производствѣ дѣлъ этого рода, тотъ же авторъ говоритъ: „сколько же потребуется времени, послѣ 5 лѣтъ, на эти справки и розыскавія, на разсмотрѣніе ихъ и полученіе разрѣшенія! И за всѣмъ тѣмъ можетъ быть цѣль не достигнута, ибо если за розысканіемъ откроется мѣстопребываніе отсутствующаго супруга, хотя бы онъ и не возвращался, то дозволенія вступить въ новый бракъ оставленному супругу не послѣдуетъ, — и мужъ всетаки остается безъ жены, а жена безъ мужа, считаясь состоящими въ бракѣ. Если для мужчины такое положеніе неудобно, то каково положеніе женщины“? Послѣдній вопросъ относительно правила, выраженнаго въ началѣ ст. 60 з. гр. („съ открытіемъ достовѣрнаго извѣстія о мѣстѣ пребыванія отлучившагося, дѣло прекращается“), задаетъ себѣ и г. Мулловъ: что, спрашиваетъ онъ, если отсутствующій супругъ продолжаетъ отсутствовать и не беретъ къ себѣ жену? Но оба автора не указываютъ ни на мотивъ этого правила, ни на причину его вызвавшую. Мотивъ состоитъ въ томъ, чтобы удержать брачный союзъ тамъ, гдѣ представится фактическая къ тому возможность. Коль скоро мѣстопребываніе отсутствующаго мужа сдѣлалось извѣстнымъ, то жена имѣетъ право требовать, на основаніи 103 ст., водворенія ея на жительство къ мужу. Зачѣмъ же дать ей право требовать развода? Такъ разсуждаютъ наши церковные формалисты. Причина же первоначальнаго появленія подобнаго правила заключается въ слѣдующемъ: церковные законы въ старину допускали разводъ не только по безвѣстному отсутствію, но и по злоумышленному оставленію одного супруга другимъ. Различіе между этими двумя фактами заключается вотъ въ чемъ. Злостное оставленіе супруга нарушаетъ моральное содержаніе брачной жизни, обнаруживаетъ полное отсутствіе между супругами той симпатіи, которая, по ученію церкви, какъ и требованію морали, есть необходимое условіе нормальнаго существова-

[1]) Соврем. извѣстія, тамъ же.

нія брака. Безвѣстное же отсутствіе не предполагаетъ непремѣнно этого внутренняго разлада въ семьѣ, ибо возможно, что отсутствіе супруга обусловлено независящими отъ него обстоятельствами; но оно въ матеріальномъ отношеніи дѣлаетъ существованіе брака невозможнымъ, уничтожая совмѣстное фактическое жительство супруговъ, которое есть коренное требованіе брака съ церковной и юридической точки зрѣнія. Прежде церковь придавала, какъ и слѣдуетъ, значеніе и моральному элементу, въ бракѣ, признавала, что не одно фактическое, но и нравственное общеніе составляетъ необходимую принадлежность брака и потому допускала разводъ по причинѣ злостнаго оставленія супруга. При этомъ извѣстность мѣста нахожденія виновнаго супруга нисколько ни препятствовала разводу, причина котораго лежала именно въ желаніи виновнаго навсегда оставить своего супруга. Но петровское законодательство не могло оставить въ силѣ этого повода къ разводу по указанной выше причинѣ: присутствіе злаго умысла въ дѣяніи отсутствующего супруга есть моментъ психическій, не подлежащій регламентаціи закона и потому зависящій отъ внутренняго убѣжденія суда. Законодательство же это стремилось именно къ тому, чтобъ отнять у духовныхъ судовъ всякую возможность рѣшать дѣла по самостоятельному убѣжденію, безъ полнаго подчиненія буквѣ закона. Поэтому оставленъ былъ только другой видъ развода по безвѣстному отсутствію и притомъ въ теченіе опредѣленнаго разъ навсегда закономъ срока. Это послѣднее есть фактъ внѣшній, удостовѣреніе его вполнѣ формальное (справка чрезъ губернскія правленія и т. под.), усмотрѣнію судей тутъ не предоставлено ровно ничего. И если законъ такимъ образомъ допускаетъ здѣсь разводъ только по физической и формальной невозможности брака, то естественно, что разъ мѣстопребываніе отсутствующаго сдѣлалось извѣстнымъ, разводъ не можетъ болѣе имѣть мѣста; хотя бы дознаніе и обнаружило рѣшительное намѣреніе отсутствующего не продолжать брачнаго сожитія, суду, не входящему вовсе въ оцѣнку психическаго момента злостнаго оставленія, нѣтъ до этого никакого дѣла: физически бракъ можетъ быть возстановленъ, поэтому онъ не долженъ быть расторгаемъ. Однакожъ именно потому, что смыслъ и основаніе правила ст. 60 сдѣлались для насъ вполнѣ ясными, мы можемъ теперь доказать не-

состоятельность его болѣе убѣдительнымъ образомъ, чѣмъ упомянутые авторы, не имѣвшіе въ виду этой ratio legis.

Во-первыхъ, ст. 60 предполагаетъ, что когда извѣстно мѣстопребываніе отвѣтчика, истецъ можетъ вмѣсто развода требовать примѣненія ст. 103. Но въ послѣднее время, какъ извѣстно изъ газетъ, нѣкоторыми судами оффиціально признано, что они не имѣютъ въ своемъ распоряженіи никакихъ средствъ къ исполненію рѣшеній о водвореніи на жительство супруговъ, т. е. что рѣшенія ихъ въ этомъ смыслѣ равны нулю. Другіе суды начинаютъ просто отказывать въ самыхъ основательныхъ искахъ этого рода, имѣя въ виду отсутствіе закона о способахъ исполненія рѣшеній въ подобныхъ случаяхъ. И такъ предположеніе ст. 60 въ настоящее время фактически не существуетъ. Супругу, начавшему искъ о разводѣ по причинѣ безвѣстнаго отсутствія его „половины", въ случаѣ открытія мѣста жительства послѣдней, нѣтъ болѣе никакихъ средствъ устроить свое матримоніальное положеніе: разводъ невозможенъ, а въ просьбѣ о понужденіи супруга къ сожительству окружный судъ откажетъ, по неосуществимости и потому безполезности рѣшенія въ такомъ смыслѣ. Положеніе нелѣпое, котораго законъ не можетъ поощрять, а тѣмъ менѣе предписывать.

Во вторыхъ, нѣтъ болѣе, какъ мы замѣтили прежде, никакихъ основаній удерживать теперь петровскую систему недовѣрія къ внутреннему убѣжденію суда въ оцѣнкѣ бракоразводныхъ мотивовъ, тѣмъ болѣе, что система эта радикально противорѣчитъ теперешнему отношенію закона къ судебной власти и ея функціямъ. Поэтому и здѣсь нужно возстановить прерванную Петромъ историческую традицію русскаго права и признать злостное оставленіе причиною развода. Тогда само собой отпадетъ несправедливое правило ст. 60, а нравственному моменту возвращено будетъ то мѣсто въ брачномъ правѣ, которое принадлежитъ ему по ученію церкви и права.

Необходимость введенія въ законъ о разводѣ по безвѣстному отсутствію психическаго момента злостнаго оставленія доказывается еще другими соображеніями, почерпнутыми изъ дѣйствующаго законодательства. На основаніи ст. 54 з. гр. разводъ допускается „когда одинъ изъ супруговъ отлучится *по какому либо случаю*": стало быть присутствіе или мѣсто злаго умысла и доброй воли въ томъ, что данное лицо оставило на долгое время сво-

его супруга, не имѣетъ значенія въ глазахъ закона: фактическое нарушеніе брака даетъ поводъ къ разводу независимо отъ вины или добросовѣстности отсутствующаго. Между тѣмъ, на основаніи ст. 41, осуждается на всегдашнее безбрачіе лицо, „оставившее своего супруга и болѣе пяти лѣтъ скрывающееся въ неизвѣстности“. Слова „оставившее“ и „скрывающееся“ какъ будто указываютъ на то, что законъ допускаетъ это довольно тяжкое въ иныхъ случаяхъ наказаніе лишь тогда когда злой умыселъ отсутствующаго явствуетъ изъ дѣла. Но это выражено такъ неясно и находится въ противорѣчіи со ст. 54, повидимому сравнивающей всѣ виды безвѣстнаго отсутствія; поэтому практика принимаетъ за общее правило осуждать на безбрачіе всѣхъ отвѣтчиковъ по искамъ о разводѣ по безвѣстному отсутствію. Это однакожъ никакъ нельзя назвать справедливымъ. Нерѣдко возможны случаи, когда отсутсвующій супругъ не можетъ дать о себѣ извѣстія не по желанію бросить на произволъ судьбы другаго супруга, но по обстоятельствамъ отъ него нисколько независящимъ (напр. по болѣзни или по незнанію съ своей стороны, гдѣ находится другой супругъ). Законъ самъ признаетъ несправедливымъ распространеніе на всѣхъ безвѣстно-отсутствующихъ супруговъ наказанія всегдашняго безбрачія. Та же ст. 41 говоритъ: „сіе (осужденіе на безбрачіе) однакоже не касается нижнихъ чиновъ военнаго вѣдомства, бывшихъ или болѣе пяти лѣтъ въ плѣну или въ безвѣстной отлучкѣ на войнѣ: имъ не возбраняется, по возвращеніи, вступать въ новое супружество, если прежній бракъ ихъ уже расторгнутъ“. (Замѣтимъ кстати недосмотръ въ редакціи этой статьи, дающій поводъ находить противорѣчіе между ней и ст. 56. По буквальному смыслу ст. 41 можно думать, что нижній чинъ, возвращаясь изъ плѣна, гдѣ онъ пробылъ положимъ 6 лѣтъ, можетъ найти прежній бракъ расторгнутымъ и вступить въ новый. А по ст. 56 просьба солдатской жены о разводѣ по этой причинѣ допускается по истеченіи лишь 10, а не 5 лѣтъ. Поэтому для согласованія обѣихъ статей нужно, чтобъ въ ст. 41, вмѣсто словъ „и болѣе 5 лѣтъ“. было поставлено „не менѣе 10 лѣтъ“). Мотивъ этого правила очень ясенъ: невозможно вмѣнить въ вину солдату, что онъ находился въ плѣну, или что другія военныя обстоятельства помѣшали ему дать вѣсть о себѣ женѣ и потому несправедливо было бы осудить его на безбрачіе въ видѣ наказанія за такое дѣяніе или лучше сказать упущеніе,

которое независѣло отъ его воли. Но правило это, по общему характеру нашего права, выражаетъ въ частной формѣ болѣе общую идею. Не только военное, но и всякое частное лицо можетъ находиться въ такомъ же положеніи вынужденнаго или добросовѣстнаго отсутствія. Во-первыхъ, и частныя лица могутъ находиться въ положеніи военноплѣнныхъ: извѣстно, что еще недавно русскіе купцы попадались въ плѣнъ хивинцамъ и другимъ азіятскимъ племенамъ. Во-вторыхъ, плѣнъ далеко не единственная причина, которая можетъ поставить человѣка въ невозможность дать о себѣ вѣсть супругу, въ особенности у насъ при громадныхъ разстояніяхъ, трудности сообщенія во многихъ мѣстностяхъ и невѣжественности народа. Несправедливо во всѣхъ такихъ случаяхъ подвергать лицо чувствительному наказанію, когда съ его стороны вины никакой нѣтъ и когда самъ законъ въ одномъ случаѣ призналъ уже зависимость осужденія на безбрачіе отъ злаго умысла осуждаемаго, нарушившаго свои супружескія обязанности злостнымъ оставленіемъ супруга. При дѣйствующемъ порядкѣ выходитъ слѣдующее. Законъ признаетъ во всякомъ случаѣ безвѣстнаго отсутствія presumptio doli и притомъ praes. juris et de jure. Это значитъ вотъ что: отсутствуя безъ вѣсти долгое время, супругъ даетъ закону поводъ предполагать, что это дѣлается имъ съ дурнымъ умысломъ освободить себя отъ узъ брака, оставить на произволъ судьбы свою семью, за что онъ вполнѣ заслуживаетъ осужденія на безбрачіе; кто разъ такъ сильно нарушилъ свои брачныя обязанности, отъ того нельзя ожидать, чтобъ онъ былъ хорошимъ семьяниномъ въ будущемъ. Такова мысль закона и эта презумпція злаго умысла такъ сильна въ его глазахъ, что онъ допускаетъ изъятіе изъ нея только для военнослужащихъ, бывшихъ въ безвѣстномъ отсутствіи по случаю войны, такъ какъ тутъ отсутствіе dolus'а слишкомъ очевидно и потому невозможно допустить, вопреки очевидности, презумпцію въ его пользу. Но этотъ взглядъ закона не выдерживаетъ никакой критики. Съ одной стороны наука давно показала несостоятельность вообще системы praes. doli и въ особенности въ тѣхъ случаяхъ, когда презумпція эта влечетъ за собой для кого-либо уголовныя послѣдствія. Злой умыселъ никогда не предполагается, но долженъ быть доказанъ въ каждомъ данномъ случаѣ и тогда только влечетъ за собою уголовныя послѣдствія таковъ принципъ современной науки права. Въ данномъ случаѣ тѣмъ менѣе справед-

ливо допускать такою презумпцію, что по указаніямъ опыта случаи безвѣстнаго отсутствія безъ злаго умысла бываютъ нерѣдко.

Но какимъ образомъ укоренилась въ законѣ идея о praes. doli при безвѣстномъ отсутствіи? По нашему мнѣнію это объясняется связью, существовавшею прежде между матеріальнымъ и моральнымъ элементомъ въ оставленіи супруга, какъ причинѣ развода. Хотя новое право и отвергло злостное оставленіе какъ поводъ развода, но оно удержало для безвѣстнаго отсутствія психическій мотивъ съ юридическимъ значеніемъ, какъ основаніе къ осужденію отсутствующаго на всегдашнее безбрачіе. Такимъ образомъ правило ст. 41 содержитъ слѣдъ старинняго „злостнаго оставленія", но въ формѣ несостоятельной и несправедливой, изъ которой самъ законъ долженъ былъ сдѣлать изъятіе, устранивши однакожъ эту несправедливость лишь для военнослужащихъ въ опредѣленныхъ случаяхъ. Раціональная перестройка этого отдѣла бракоразводнаго права вполнѣ возможна будетъ поэтому только тогда, когда возстановлена будетъ древняя система, придававшая одинаковое значеніе, какъ матеріальному, такъ и психическому элементамъ. Допуская разводъ по причинѣ злостнаго оставленія, независимо отъ извѣстности мѣстопребыванія виновнаго супруга, законъ вмѣстѣ съ тѣмъ, не предполагая непремѣнно за фактомъ безвѣстнаго отсутствія praes. doli, предоставитъ усмотрѣнію суда признать наличность dolus'а по обстоятельствамъ дѣла и только въ послѣднемъ случаѣ осуждать на безбрачіе. (Мы говоримъ въ предположеніи, что принципъ осужденія на безбрачіе долженъ быть удержанъ законодателемъ, что весьма сомнительно). Тогда естественно устранены будутъ всѣ указанные недостатки дѣйствующаго порядка, которые нарушаютъ законные интересы то наличнаго, то отсутствующаго супруга.

9) Отъ этихъ болѣе или менѣе частныхъ замѣчаній, касающихся отдѣльныхъ категорій бракоразводныхъ дѣлъ перейдемъ къ болѣе общему вопросу — относительно характера и направленія этого отдѣла права вообще. Послѣдній разсмотрѣнный нами пунктъ относительно соотношенія между матеріальнымъ и моральнымъ элементомъ въ оставленіи супруга и основанномъ на этомъ обстоятельствѣ разводѣ хотя имѣетъ спеціальный характеръ, но выражаетъ собою общее начало, основное для нашего бракоразводнаго права. У насъ въ семейномъ правѣ, говоритъ г. Дмоховскій, преобладаетъ начало матеріальности; оттого до-

пускается разводъ лишь въ случаѣ физической невозможности брака (да и то лишь въ немногихъ случаяхъ, какъ мы видѣли), но не допускается въ случаѣ нравственной его невозможности [1]. Подъ вліяніемъ преобладающаго въ нашемъ духовномъ быту принципа обрядности и формализма, готоваго всегда отдать въ жертву всѣ начала права и морали для спасенія формы, наше брачное право обратилось въ систему правилъ, на каждомъ шагу разрушающихъ дѣйствительную семейную жизнь для того, чтобъ сохранить призрачную нерасторжимость брака и прочность семейныхъ узъ. Великій вопросъ о пользѣ или вредѣ развода подвергался особенно часто разсмотрѣнію во Франціи, которая, въ качествѣ страны католической, прежде вовсе не знала развода. Наполеоновскій кодексъ ввелъ было разводъ, но реакціонное правительство реставраціи въ 1816 году опять его отмѣнило, оставивъ, взамѣнъ развода, допускаемую католическою церковью сепарацію отъ стола и ложа. Въ 1831 г. палата депутатовъ три раза принимала проектъ закона о возстановленіи развода, но противодѣйствіе палаты перовъ помѣшало отмѣнѣ закона 1816 г. дѣйствующаго и понынѣ. У насъ, можно сказать, развода тоже не существуетъ: сотня-другая разводовъ въ годъ свидѣтельствуетъ о тѣхъ громадныхъ затрудненіяхъ со стороны закона и его исполнителей, благодаря которымъ разводъ возможенъ у насъ лишь для немногихъ личностей и при исключительныхъ условіяхъ. Нелишне будетъ ознакомиться съ нѣкоторыми соображеніями, высказанными по этому предмету во Франціи людьми, которые нисколько не враждебно относились къ ученію церкви или основамъ семейнаго союза [2].

Если запрещеніе развода должно служить оплотомъ и спасеніемъ брака, говоритъ Пэлльтанъ, въ такомъ случаѣ бракъ не стóитъ того, чтобъ его спасали. Что сказать о семьѣ, основанной не на внутреннемъ общеніи ея членовъ, а на внѣшнемъ принужденіи? Отчего теперь у насъ не отстаиваютъ такъ развода, какъ прежде? Оттого, что нерасторжимость брака разрушила семью, поставила на мѣсто законнаго развода фактическую распущенность. Исторія показываетъ, что гдѣ допускается разводъ, тамъ

---

[1]) О правахъ женщины въ Россіи (Библ. для Чт. 1862, кн. 7), стр. 85.

[2]) См. Анджело Мацолени, La famiglia nei rapporti coll'individuo e colla società, 1870, pp. 144 сл., 302 сл.

семейный союзъ болѣе уважается и прочнѣе. Разводъ есть гарантія брака, какъ всякая возможность исправить разъ сдѣланную ошибку гарантируетъ достиженіе истины. Чѣмъ болѣе уважается бракъ, тѣмъ болѣе нужно предоставить супругамъ, въ случаѣ серьезнаго разлада, покончить съ ложнымъ положеніемъ и устроить свою жизнь болѣе правильно. — Скоро наступитъ время, говоритъ извѣстный юристъ Тиссо, когда люди убѣдятся, что лучшее средство упрочить семейный союзъ заключается не во внѣшней нерасторгаемости брака, тогда какъ послѣдній можетъ держаться только внутренней связью. Если вражда, раздоры и антипатія раздѣляютъ супруговъ, то никакая власть въ мірѣ не имѣетъ права объявлять брачный союзъ попрежнему существующимъ. Это упорство общественной власти удерживать то, что не можетъ болѣе держаться, имѣетъ прямо противоположное дѣйствіе, предавая супруговъ вѣчной пыткѣ, которая кончится только съ ихъ жизнью, или наталкивая ихъ на крайнія дѣйствія для избавленія изъ безвыходнаго состоянія, причемъ семья, нравственность и общество всегда въ большомъ проигрышѣ.

Еще Монтэнь съ свойственною ему силою мысли и выраженія опредѣлилъ несостоятельность системы нерасторгаемости брака слѣдующими словами: „мы думали сдѣлать прочнѣе союзъ брака, отнявъ всякія средства къ его расторженію, но по мѣрѣ того, какъ узелъ принужденія затягивался уже, узелъ любви и доброй воли дѣлался все слабѣе.“

Одилонъ Барро, предлагая въ 1831 году палатѣ депутатовъ принятый ею проектъ закона о возстановленіи развода, высказалъ между прочимъ слѣдующее. Законы для того, чтобы они были исполняемы, не должны дѣлать большаго насилія человѣческой природѣ, которая умѣетъ всегда мстить за деспотизмъ закона или преступленіемъ, реакціей насильственною и отрывочною, или развращеніемъ нравовъ, этимъ медленнымъ, постояннымъ протестомъ противъ деспотизма. Законъ, который говоритъ супругамъ: вашъ бракъ нерасторжимъ, каковы бы ни были условія его состоянія, какія бы преступленія и пороки ни запятнали одного изъ васъ, это законъ несправедливый, противъ котораго природа человѣка всегда будетъ протестовать такъ или иначе.

Наполеонъ первый, который, какъ извѣстно, держался весьма консервативныхъ взглядовъ на семейное право, имѣлъ однакожъ достаточно здраваго смысла для того, чтобъ однимъ словомъ

схватить юридическую природу нерасторжимости брака и этимъ словомъ охарактеризовать главные недостатки этой системы: нерасторжимость брака, сказалъ онъ, есть *фикція*. Нетрудно видѣть, что именно этотъ характеръ фикціи, охраняющей внѣшность, но неосуществимой на дѣлѣ, производитъ всѣ дурныя послѣдствія этой системы, указанныя опытомъ во Франціи, какъ и въ другихъ странахъ. Раздѣляя взглядъ Наполеона, знаменитые юристы, составлявшіе code civil, допустили разводъ въ законѣ. При этомъ приняты были между прочимъ слѣдующія основанія. Супругъ, чувствующій отвращеніе къ своей женѣ, отъ которой не можетъ однакожъ отдѣлаться, заводитъ связи на сторонѣ, которыя даютъ ему всѣ удовольствія брака безъ его тягостей. Дѣти страдаютъ при разводѣ не болѣе, чѣмъ при постоянныхъ раздорахъ въ семьѣ. Не можетъ быть сомнѣнія, говорилъ тогда членъ государственнаго совѣта Трелльяръ, что пороки и преступленія въ семейномъ быту нерѣдко вынуждали de facto разлучать супруговъ, хотя по закону бракъ признавался нерасторжимымъ; памятники юриспруденціи свидѣтельствуютъ объ этомъ въ изобиліи. Но что станется съ дѣтьми при разводѣ? Безъ сомнѣнія разводъ или разлученіе супруговъ составляетъ несчастную эпоху въ жизни дѣтей, но зло заключается не въ разводѣ, а въ той междуусобной войнѣ, которая дѣлаетъ разводъ необходимымъ. Въ извѣстныхъ случаяхъ (напр. при покушеніи на жизнь супруга) разводъ необходимъ. Чтожъ долженъ дѣлать законодатель. Нужно обставить разводъ различными условіями, затрудняющими его достиженіе, нужно однимъ словомъ продать его такъ дорого, чтобъ къ нему прибѣгали только тѣ, которымъ онъ дѣйствительно необходимъ.

Относительно возраженія объ участи дѣтей при разводѣ прекрасныя замѣчанія мы находимъ у Пэльтана. Если мы находимъ несправедливымъ, говоритъ онъ, что древніе допускали жертвованіе дѣтьми для родителей (право убійства и продажи дѣтей), то почему же мы должны теперь жертвовать родителями для дѣтей? Что если супруги вовсе не имѣютъ дѣтей? Еслибъ этотъ аргументъ имѣлъ значеніе, то слѣдовало бы запретить вдовамъ, имѣющимъ дѣтей, вторично выходить замужъ, такъ какъ обыкновенно дѣти находятся тогда не въ хорошемъ положеніи въ чужой семьѣ. Вдова или разведенная — вопросъ все тотъ же и если за-

конъ допускаетъ вторичный бракъ, нѣтъ основанія дѣлать различіе между этими двумя положеніями.

Примѣнимы ли и въ какой степени соображенія французскихъ мыслителей и законодателей къ Россіи? Собственно говоря, вопросъ этотъ не имѣетъ смысла. Замѣчанія, нами приведенныя, имѣютъ такой общечеловѣческій характеръ, что a priori можно утверждать полную примѣнимость ихъ ко всякому обществу, гдѣ будетъ долгое время господствовать идея нерасторгаемости брака. Но опытъ доказываетъ, что система эта на дѣлѣ даетъ у насъ тѣже самые результаты, что и во Франціи. Такъ мы указали уже, что значительная масса семейныхъ преступленій прямо обусловливается отсутствіемъ закона о разводѣ вслѣдствіе жестокаго обращенія, извѣстныхъ болѣзней, злостнаго оставленія и т. п. Съ другой стороны извѣстно, что несмотря на запрещеніе закономъ самовольнаго расторженія брака по одному взаимному согласію супруговъ, фактическая необходимость разлученія во многихъ случаяхъ такъ настоятельна, а законъ такъ безсиленъ противъ крупныхъ требованій природы, что нарушеніе ст. 46 и 103 зак. гр. есть дѣло самое обыкновенное. Встарину такъ называемыя „роспустныя письма", т. е. акты развода по взаимному согласію сторонъ, были весьма распространены и пользовались санкціею духовенства [1]). Но и теперь крестьяне, прекращая миромъ дѣло о жестокомъ обращеніи мужа съ женою, дѣлаютъ это съ условіемъ, чтобы „честнымъ манеромъ" разойтись, хотя мировой судья разумѣется не вноситъ это условіе въ запись, какъ противное закону [2]). Тѣмъ церковнымъ формалистамъ, которые, подобно нашему автору, полагаютъ, что законъ, затрудняя легальный разводъ, дѣйствительно поддерживаетъ прочность семейныхъ узъ, мы совѣтовали бы ознакомиться хоть съ данными о населеніи С.-Петербурга, изложенными въ описаніи его на основаніи послѣдней однодневной переписи. Тамъ они увидятъ, какой громадный процентъ населенія состоитъ въ столицѣ изъ мужей, живущихъ отдѣльно отъ женъ, и женъ безъ мужей. (Я не имѣю подъ рукой этой книги, чтобъ указать самую цифру). Очевидно изъ этого, что замѣчаніе французскихъ писателей относительно реакціи практики противъ закона, затрудняющаго разводъ,

---

[1]) Дмоховскій, тамъ же, стр. 82.

[2]) Назарьевъ въ Вѣстн. Европы 1872 г., кн. 2, 615.

вполнѣ оправдывается и у насъ. Замѣчаніе Трелльяра, что сами суды нерѣдко вынуждены, вопреки закону, допустить фактическій разводъ, примѣнимо и къ нашему быту, ибо старые суды, какъ мы указали въ прежней статьѣ, рѣшая дѣла о жестокомъ обращеніи, устанавливали фактическое разлученіе супруговъ. Что невозможность развода должна часто вести къ разврату и совершенному разстройству основъ семейной жизни, и что послѣдствіе это должно одинаково имѣть мѣсто во всякой странѣ, едва ли требуетъ доказательствъ и притомъ оправдывается опытомъ каждаго. Въ этомъ отношеніи особенное значеніе имѣютъ законы, затрудняющіе разводъ по неспособности къ брачному сожитію, тяжкой болѣзни и безвѣстному отсутствію и вовсе не допускающіе его въ случаѣ злостнаго оставленія. Что допущеніе развода не мѣшаетъ нисколько семейной нравственности, можно убѣдиться изъ сравненія Россіи съ Англіей. У насъ почти нѣтъ развода, въ Англіи онъ гораздо свободнѣе и притомъ подлежитъ вѣденію свѣтскаго суда (спеціально для брачныхъ дѣлъ существуетъ Court for divorce and matrimonial cases), а между тѣмъ гдѣ семейная жизнь болѣе прочна, болѣе нравственна — у насъ или въ Англіи?

10) Порѣшивъ въ принципѣ съ вопросомъ о возможности допустить расширеніе свободы развода, остается еще рѣшить другой общій вопросъ: какого основнаго взгляда должно держаться законодательство относительно этого предмета? Дѣло въ томъ, что исторія указываетъ намъ на три различныя системы отношенія законовъ къ разводу. Въ обществахъ первобытныхъ, во всемъ языческомъ мірѣ напр., гдѣ бракъ разсматривается исключительно какъ актъ гражданскій, хотя и освящаемый обыкновенно религіознымъ обрядомъ, достаточнымъ основаніемъ къ разводу признается взаимное согласіе супруговъ или, желаніе одного изъ нихъ. Расторженіе брака считается частнымъ дѣломъ супруговъ, въ которое общественная власть не вмѣшивается. Это система личнаго произвола сторонъ, какъ единственнаго стимула бракоразводнаго права. Христіанство внесло въ жизнь новыхъ народовъ другое начало: разводъ не допускается по произволу сторонъ, ибо бракъ есть религіозный актъ по преимуществу, но лишь по законнымъ причинамъ, точно указаннымъ церковнымъ или свѣтскимъ закономъ. Несмотря на существенное разногласіе въ ученіи разныхъ христіанскихъ церквей по этому предмету, можно указать

на одно общее имъ основное начало: тамъ, гдѣ допускается разводъ или разлученіе, это дѣлается не по согласію супруговъ, но по законнымъ причинамъ. Это вторая система, въ которой двигателемъ развода является неизменное, для всѣхъ случаевъ одинаковое и не допускающее индивидуальнаго примѣненія къ особенностямъ каждаго даннаго случая предписаніе закона, обусловливающее возможность развода точно опредѣленными фактическими обстоятельствами. Въ наиболѣе рѣзко выраженномъ видѣ эта система дѣйствуетъ въ русскомъ законодательствѣ настоящаго времени, гдѣ допускается разводъ только по такимъ фактическимъ условіямъ, которыя могутъ быть вполнѣ регламентированы закономъ, не оставляя никакого мѣста ни для желанія сторонъ, ни для усмотрѣнія суда.

Наконецъ третья система, принятая большинствомъ законодательствъ болѣе цивилизованныхъ современныхъ обществъ, признаетъ невозможнымъ обусловливать допущеніе развода ни однимъ произволомъ супруговъ, ни регламентаціею закона, но допускаетъ свободное усмотрѣніе суда, сообразно указанному закономъ основному началу. Образцомъ можетъ служить въ этомъ отношеніи прусское законодательство. Разводы могутъ имѣть мѣсто только по весьма уважительнымъ причинамъ. Супругъ, который своимъ поведеніемъ при сожитіи умышленно старается противодѣйствовать его цѣли, даетъ другому супругу право требовать развода (Preus. Landrecht, II, I, §§ 669, 693).

Спрашивается, какая изъ этихъ трехъ системъ наиболѣе раціональна и справедлива? Мы думаемъ, что предпочтеніе во всякомъ случаѣ должно быть отдано послѣдней изъ нихъ. Первая система совершенно непримѣнима въ настоящее время. Признать за достаточную причину развода одно согласіе супруговъ безъ всякой повѣрки мотивовъ ихъ желаній и послѣдствій развода значитъ отдать всецѣло слабаго супруга въ руки сильнаго, который всегда съумѣетъ добиться согласія на желательный для него шагъ. Блистательнымъ подтвержденіемъ этого можетъ служить сравнительно недавній опытъ времени великой революціи во Франціи. Учредительное собраніе и затѣмъ конвентъ, исходя изъ мысли о необходимости предоставить во всемъ возможно большую свободу личности, допустили разводъ по заявленію супруговъ о томъ, что они расходятся характерами (incompatibilité d'humeur). „Комитетъ (учредительнаго собранія) нашелъ нуж-

нымъ предоставить возможно большій просторъ разводу, въ виду природы брачнаго договора, имѣющаго своимъ главнымъ основаніемъ согласіе супруговъ, и въ виду того, что свобода личности не можетъ быть отчуждаема навсегда никакимъ договоромъ". Послѣдствія этой мѣры были самыя печальныя. Въ 1793 году разводы стали до того часты и при такихъ условіяхъ, что новый законъ сталъ вызывать всеобщія жалобы въ средѣ самаго конвента. Бракъ сдѣлался предметомъ спекуляціи; люди женятся, когда находятъ это выгоднымъ, и затѣмъ бросаютъ женъ, когда нѣтъ болѣе разсчета удерживать ихъ — говорилъ одинъ изъ членовъ конвента. Новый законъ, повидимому, имѣлъ только одну цѣль — усилить развратъ и ослабить семью, говорилъ другой. Пора прекратить торговлю человѣческимъ мясомъ, введенную злоупотребленіями развода, говорилъ третій ораторъ. И дѣйствительно, законъ скоро былъ измѣненъ еще при республикѣ[1]). При томъ, если въ древности семейная жизнь считалась частнымъ дѣломъ гражданъ, въ которое общественная власть не имѣла основанія вмѣшиваться, то теперь всѣми сознается громадное значеніе для общества той или другой организаціи семьи и, слѣдовательно, обязанность закона принимать дѣятельное участіе въ этой организаціи, не предоставляя важнѣйшіе моменты семейнаго быта произволу замѣшанныхъ лицъ. Такимъ образомъ, система свободы соглашенія, какъ причины развода, есть форма несоотвѣтствующая современнымъ понятіямъ о правѣ. Въ этомъ смыслѣ мы согласны съ принципомъ ст. 46 зак. гр. — „*самовольное* расторженіе брака *безъ суда*, по *одному* взаимному согласію супруговъ, ни въ какомъ случаѣ не допускается". Но статья эта явилась какъ противодѣйствіе старинному, языческому понятію о безусловной свободѣ развода при соглашеніи сторонъ, которое, какъ мы видѣли, удержалось до сихъ поръ въ народѣ. Статья 46-я, какъ вообще дѣйствующее законодательство, не знаетъ средины между языческою свободою развода по соглашенію и системою, принятою нашимъ закономъ — допущеніе развода только при наличности условій, весьма точно указанныхъ закономъ. Между тѣмъ средина между этими двумя системами есть и она-то одна соотвѣтствуетъ требованіямъ справедливости. Дѣйствительно, если первая система превращаетъ семью въ арену

---

[1]) Маццолени, la famiglia, p. 151.

постояннаго угнетенія слабаго сильнымъ, то недостатки второй (системы, принятой нашимъ закономъ) достаточно разъяснены выше. Вообще невозможно допустить, чтобъ подробное исчисленіе причинъ развода въ законѣ могло удовлетворять требованіямъ справедливости. Фактическая сторона бракоразводныхъ дѣлъ, какъ захватывающихъ не одинъ эпизодъ изъ жизни тяжущихся, какъ другія гражданскія дѣла, но весьма значительную часть ихъ жизни, столь разнообразна, что важное въ одномъ случаѣ можетъ не имѣть никакого значенія въ другомъ; слѣдовательно, примѣненіе одинаковаго закона въ обоихъ случаяхъ въ одномъ изъ нихъ окажется несправедливымъ и несоотвѣтствующимъ своей цѣли. Другое дѣло, когда законъ установляетъ лишь руководящія основныя начала того, какое дѣяніе или событіе можетъ считаться настолько нарушающимъ условія существованія брака de facto, что судъ можетъ признать расторженіе брака и de jure (напр. злостное оставленіе, тяжкая болѣзнь, дурное поведеніе и жестокое обращеніе), предоставляя суду по обстоятельствамъ каждаго дѣла опредѣлять, есть ли серьезное основаніе къ разводу. Обязанность суда при этомъ заключается въ тщательномъ разсмотрѣніи всѣхъ обстоятельствъ дѣла, такъ, чтобъ разводъ допускался, какъ выражается прусскій законъ, лишь по весьма уважительнымъ причинамъ. Въ Америкѣ, гдѣ жизнь вообще сложилась такъ оригинально, судьи дошли до необыкновенной быстроты и легкости производства бракоразводныхъ дѣлъ. Напр. въ высшемъ судѣ (supreme court) Массачузетса былъ случай, что разводъ пяти паръ продолжался всего 15 минутъ.[1]). Какъ это ни *удобно* съ точки зрѣнія людей коммерческихъ, цѣнящихъ время какъ капиталъ, но такой порядокъ вещей нельзя назвать нормальнымъ. Мы скорѣе можемъ согласиться съ Трельяромъ, когда онъ говоритъ, что законъ долженъ продать разводъ какъ можно дороже, такъ чтобъ къ нему прибѣгали лишь въ экстренныхъ случаяхъ. Препятствовать разводу тамъ, гдѣ безъ него можно обойтись, но дѣлать его доступнымъ для всѣхъ въ случаѣ необходимости — такова должна быть программа раціональнаго законодательства по этому предмету. Наша система допущенія развода по причинамъ, точно указаннымъ въ законѣ, какъ мы видѣли, неудовлетворительна во всѣхъ отношеніяхъ.

[1]) Manchester Guardian отъ 26 мая 1869 г. p. 7.

Мы понимаемъ недовѣріе закона къ свободному усмотрѣнію суда по брачнымъ дѣламъ въ виду того, что свобода эта въ духовныхъ судахъ нерѣдко превращалась въ произволъ. Даже императрица Елизавета, несмотря на извѣстную ея преданность духовенству, нашла себя вынужденное напомнить новгородскому архіепископу Стефану, чтобъ онъ рѣшалъ брачныя дѣла „не отъ своего разсужденія приводя резоны", а на основаніи каноническихъ законовъ [1]). Но въ настоящее время, въ виду предпринимаемаго преобразованія духовныхъ судовъ на началахъ гласности, устности и свободной оцѣнки доказательствъ, упомянутое опасеніе произвола теряетъ смыслъ даже въ томъ случаѣ, если бракоразводныя дѣла останутся въ вѣдѣніи духовныхъ судовъ, а тѣмъ болѣе, если они перейдутъ къ судамъ, свѣтскимъ.

11) Такова по нашему мнѣнію та реформа, которую настоятельно требуетъ наше бракоразводное право относительно важнѣйшихъ изъ относящихся сюда вопросовъ — о причинахъ развода. Но затѣмъ остается еще рядъ другихъ, второстепенныхъ вопросовъ, относительно которыхъ требуется не столько измѣненіе дѣйствующихъ законовъ, сколько введеніе новыхъ правилъ, восполненіе важныхъ пробѣловъ законодательства. Таковъ напр. вопросъ о томъ, у кого изъ супруговъ должны остаться дѣти въ случаѣ развода. Греческая церковь выработала довольно раціональныя правила по этому предмету. Дѣти остаются при невинномъ (въ разводѣ) супругѣ, развѣ если судъ по обстоятельствамъ дѣла найдетъ болѣе полезнымъ воспитаніе дѣтей супругомъ виновнымъ въ разводѣ [2]). Подобныя же постановленія содержатъ европейскіе кодексы, напр. по австрійскому праву въ случаѣ развода или разлученія, если нѣтъ соглашенія на счетъ дѣтей между супругами, то судъ принимаетъ мѣры къ тому, чтобъ дѣти мужскаго пола до 4-хъ, а женскаго до 7 лѣтъ находились у матери, потомъ у отца, но правило это не примѣняется, если судъ по особенностямъ дѣла найдетъ нужнымъ отступить отъ него [3]). Другой вопросъ — кто долженъ содержать малолѣтнихъ дѣтей послѣ развода. По восточно-католическому праву обязанность эта падаетъ на отца, исключая тотъ случай, когда отецъ бѣденъ, а

---

[1]) 1-е Полное Собр. Зак. № 10028.

[2]) Zhismann, s. 795.

[3]) Allgem. burg. Gesetzbuch, § 142.

мать богата, тогда мать должна содержать дѣтей. Это правило болѣе справедливо, чѣмъ постановленіе напр. австрійскаго закона, возлагающаго эту обязанность безусловно на отца. Впрочемъ изъ другихъ статей австрійскаго кодекса (139, 141) можно заключить, что и онъ считаетъ мать обязанною давать средства на воспитаніе дѣтей.

Третій вопросъ — о судьбѣ приданаго при разводѣ, объ обязанности мужа обезпечить разведенную жену при извѣстныхъ условіяхъ. Если виновникомъ развода былъ мужъ и если жена не имѣетъ собственныхъ средствъ, то справедливость требуетъ, чтобы мужъ такъ или иначе обезпечилъ содержаніе не только дѣтей, но и самой жены. Потребность въ такого рода правилѣ сознается законодательствами всѣхъ народовъ. По ученію греческой церкви невиновная жена получаетъ при разводѣ въ пожизненное пользованіе ту долю имущества мужа, на которую она имѣла бы право наслѣдованія при его смерти. Даже у магометанъ при вступленіи въ бракъ опредѣляется договоромъ цифра содержанія, которое жена должна получать въ случаѣ вдовства или развода по волѣ мужа.

Относительно этихъ и другихъ вопросовъ, могущихъ возникнуть при рѣшеніи бракоразводныхъ дѣлъ, дѣйствующіе наши законы не содержатъ никакихъ опредѣленій, предоставляя регулированіе всѣхъ этихъ важныхъ правоотношеній или произволу самихъ супруговъ или полному произволу суда. Въ обоихъ случаяхъ всѣ шансы въ пользу угнетенія слабой и невинной стороны болѣе сильною и виновною, что конечно не соотвѣтствуетъ видамъ законодателя и общественной пользѣ. Именно въ дѣлахъ бракоразводныхъ, обыкновенно сопровождаемыхъ сильною враждою между сторонами и стремленіемъ къ угнетенію одной стороны другою, законъ долженъ предоставить какъ можно менѣе простору произволу тяжущихся, тѣмъ болѣе, что дѣло идетъ здѣсь нерѣдко о судьбѣ всей жизни нѣсколькихъ лицъ, а о не частномъ имущественномъ интересѣ. Восполнить пробѣлы закона въ этомъ отношеніи не представляется никакой трудности въ виду данныхъ другихъ свѣтскихъ законодательствъ и ученія греческой церкви. А необходимость этого восполненія чувствуется именно теперь, когда въ производствѣ брачныхъ дѣлъ, со введеніемъ духовно-судебной реформы, произойдетъ существенное измѣненіе. Старые суды, руководствовавшіеся вообще не столько положи-

тельнымъ закономъ, сколько личнымъ усмотрѣніемъ и неопредѣленными церковными источниками, могли практически дополнять законъ по мѣрѣ надобности. Но суды новые (будутъ ли то гражданскіе суды, по проекту комитета, или преобразованные духовные) нуждаются въ положительныхъ указаніяхъ закона для правильной своей дѣятельности. Не найдя напр. въ законѣ никакихъ правилъ относительно воспитанія и содержанія дѣтей, они будутъ отказывать въ самыхъ справедливыхъ требованіяхъ этого рода. Нужно заранѣе имѣть въ виду это обстоятельство и, желая улучшить *процессъ* по извѣстной категоріи дѣлъ, принять мѣры къ улучшенію самыхъ законовъ, если мы не хотимъ, чтобъ и эта реформа, подобно многимъ другимъ, осталась пустою передѣлкою однихъ формъ.

Этимъ мы покончимъ замѣчанія относительно производства дѣлъ о расторженіи браковъ и перейдемъ къ той части нашего права, которая касается заключенія браковъ.

III.

Наиболѣе капитальный вопросъ, подлежащій здѣсь нашему розсмотрѣнію, въ виду возраженій нашего автора, заключается въ томъ: насколько вообще возможны, съ точки зрѣнія русскаго законодательства, измѣненія дѣйствующихъ правилъ о совершеніи браковъ, и если эти измѣненія возможны, то какого рода они должны быть? Нашъ авторъ многократно указываетъ на то, что по духу нашего закона и ученію церкви бракъ есть учрежденіе исключительно религіозное, а потому свѣтская власть не можетъ ни въ чемъ измѣнять дѣйствующихъ по этому предмету правилъ. Посмотримъ, насколько это мнѣніе основательно. Такъ какъ мы только что говорили о дѣлахъ бракоразводныхъ, то умѣстно будетъ указать здѣсь на частный, но характеристичный случай, хорошо иллюстрирующій вопросъ о гражданскомъ и церковномъ элементѣ въ бракѣ. Композиторъ Глинка въ своихъ запискахъ разсказываетъ, что жена его безъ развода вышла вторично замужъ за другаго. Глинка завелъ въ консисторіи дѣло о разводѣ съ женою-двумужницей. Разсказывая о ходѣ дѣла, Глинка говоритъ: „кромѣ выгоднаго для меня положенія дѣла въ синодѣ, оно отчасти *подпало вліянію полиціи*: Дуббельтъ (завѣдывавшій тогда третьимъ отдѣленіемъ собственной Е. И. В. канцеляріи)

лично сказалъ, что жена моя замужемъ и мнѣ нельзя отказать въ разводѣ". Начальство Васильчикова (втораго мужа жены Глинки) тоже вмѣшалось въ производства дѣла и требовало скорѣйшаго его окончанія" [1]).

Итакъ въ эпоху полнаго господства церковнаго элемента въ нашемъ административномъ строѣ, въ годъ изданія устава духовныхъ консисторій (1841), администрація принимала дѣятельное участіе въ разбирательствѣ бракоразводныхъ дѣлъ. Можно объяснить этотъ фактъ произвольными и незаконными поползновеніями администраціи вмѣшиваться вездѣ и во все; но дѣло въ томъ, что это явленіе не единственное въ своемъ родѣ. Мы знаемъ, что администрація до самаго введенія судебной реформы принимала мѣры (а можетъ быть и теперь принимаетъ) для обезпеченія женъ, живущихъ отдѣльно отъ мужей, вопреки закону, что старые суды запрещали мужьямъ, обвиненнымъ въ жестокомъ обращеніи съ женами, въѣздъ въ имѣнія послѣднихъ, вопреки закону, требующему совмѣстнаго жительства супруговъ. Мы видимъ теперь, что администрація вмѣшивалась даже въ производство бракоразводныхъ дѣлъ, хотя законъ до сихъ поръ признаетъ дѣла эти исключительнымъ достояніемъ духовныхъ начальствъ.

Разсматривая всѣ эти случаи вмѣшательства свѣтскаго начальства въ производство брачныхъ дѣлъ, нужно быть слѣпымъ, чтобъ не видѣть, насколько *основаніемъ* ко вмѣшательству служило здѣсь естественное чувство справедливости и сознаніе недостатковъ церковно-семейнаго права, хотя *возможность* такого вмѣшательства обусловливалась дѣйствительно отсутствіемъ точнаго разграниченія предметовъ вѣдомства различныхъ правительственныхъ учрежденій существованіемъ учрежденія съ такою обширною и неопредѣленною программой дѣятельности, какъ канцелярія Его Величества, словомъ административнымъ неустройствомъ. Дѣло въ томъ, что усилія нашего закона отрицать гражданскій характеръ брака и давать значеніе одному церковному его элементу не могутъ устоять противъ напора жизненныхъ потребностей относительно признанія юридической стороны брака, какъ гражданскаго института. Ниже мы увидимъ, что самъ законъ долженъ былъ не разъ отступаться отъ этой точки зрѣнія, но онъ всетаки мало удовлетворялъ нуждамъ общества относительно секуляризаціи брачнаго права и судебно-адми-

[1]) Русская Старина, 1872 г., кн. 2, стр. 317, 320.

нистративная практика брала на себя трудъ видоизмѣнять крайности церковнаго закона о союзѣ брачномъ сообразно общечеловѣческимъ требованіямъ справедливости. Церковный, а за нимъ и свѣтскій законъ объявляетъ совмѣстное жительство супруговъ необходимымъ при всевозможныхъ условіяхъ, пока бракъ не расторгнутъ *формальнымъ* порядкомъ. Судъ и администрація, признавая полную невозможность строгаго проведенія въ жизни этого начала, находятъ возможнымъ давать оффиціальную санкцію раздѣльной жизни неразведенныхъ супруговъ. Законъ объявляетъ, что разводъ долженъ производиться исключительно духовнымъ судомъ, и на основаніи церковныхъ правилъ, безъ всякаго соображенія со степенью справедливости этихъ правилъ. Представитель высшей администраціи принимаетъ однакожъ участіе въ бракоразводномъ дѣлѣ и выражаетъ мнѣніе, основанное конечно не на канонахъ, а на здравомъ смыслѣ, что нельзя отказать въ разводѣ человѣку, котораго жена вышла замужъ за другаго. Эти знаменательные факты, столь любопытные для характеристики нашего семейнаго права, доказываютъ одно: отрицать гражданскій характеръ брака невозможно и если законъ пытается это дѣлать, объявляя бракъ единственно религіознымъ актомъ, то такъ или иначе (самимъ закономъ, практикою его исполнителей или усиліями самаго общества) оффиціальное зданіе будетъ подкапываемо со всѣхъ сторонъ и въ результатѣ окажется чѣмъ-то призрачнымъ, фальшивымъ и непрочнымъ.

Въ этомъ можетъ насъ убѣдить разборъ законовъ объ условіяхъ вступленія въ бракъ и характера брака съ точки зрѣнія закона. Нашъ авторъ на каждомъ шагу напоминаетъ о томъ, что бракъ у насъ оффиціально признается только религіознымъ актомъ.

„Что самое существенное, что самое важное въ настоящемъ вопросѣ, говоритъ онъ, что должно служить исходною точкою для всѣхъ разсужденій,—такъ это мысль о томъ, что бракъ есть таинство православной церкви“ (стр. 93). Въ подтвержденіе этого авторъ между прочимъ ссылается и на мое изложеніе, гдѣ говорится о преобладаніи церковнаго элемента въ нашемъ брачномъ правѣ. Послѣ длинной выписки въ этомъ смыслѣ, авторъ говоритъ: „драгоцѣнны и глубокопоучительны эти указанія и сами по себѣ, и потому, что они идутъ со стороны, требующей гражданскаго брака“ (стр. 111). Въ виду такихъ выводовъ автора намъ

необходимо дополнить здѣсь прежнее изложеніе новыми соображеніями, въ прежнюю статью не вошедшими по недостатку мѣста, послѣ чего читатель убѣдится въ полной несостоятельности выводовъ нашего автора.

Опытъ исторіи разныхъ странъ указываетъ на существованіе трехъ различныхъ системъ регулированія отношеній между государствомъ и церковью по семейному праву. Или бракъ признается только религіознымъ актомъ и въ такомъ случаѣ законъ предоставляетъ одной церкви самостоятельно регулировать семейныя отношенія, подчиняясь безусловно ея постановленіямъ; или бракъ считается исключительно гражданскимъ актомъ, такъ что правительство организуетъ его по собственнымъ соображеніямъ, не обращая никакого вниманія на желанія и ученія церкви; или наконецъ бракъ признается институтомъ съ характеромъ смѣшаннымъ, церковно-гражданскимъ. Послѣдняя система преобладаетъ въ современныхъ христіанскихъ государствахъ. Но въ осуществленіи ея опять можно различить три системы. Или государство предоставляетъ церкви иниціативу изданія правилъ о брачномъ союзѣ и затѣмъ съ своей стороны придаетъ юридическое значеніе этимъ правиламъ; или оно по соглашенію съ церковью само издаетъ эти правила, такъ что организація семейнаго союза представляется дѣломъ совокупной дѣятельности властей свѣтской и духовной; или государство, не отрицая и церковной стороны брака, предоставляетъ духовной власти свободное регулированіе этой стороны, но само устраиваетъ гражданско-правовую его сторону безъ участія церкви [1]).

Какая же изъ этихъ системъ принята у насъ и какая соотвѣтствуетъ нашему быту и общественнымъ нуждамъ Россіи? Если вѣрить нашему автору, то во 1) безъ отреченія отъ православной церкви нельзя допустить другой системы, кромѣ первой, т. е. той, когда регулированіе брачнаго права принадлежитъ одной духовной власти, а государство играетъ здѣсь роль совершенно пассивную, подтверждая только нормы церковнаго закона и поддерживая ихъ матеріальною силою, и во 2) таково направленіе дѣйствующаго законодательства во всѣхъ его частяхъ, такъ что допустить другую систему значитъ вполнѣ отрѣшиться отъ исторической традиціи русскаго права. И то и другое положеніе по но-

[1]) K. Hilse, Civil-und Misch-Ehe, 1869, стр. 49, 50.

вѣркѣ оказывается невѣрными. Невѣрно то, будто бы церковь, выдвигая на первый планъ религіозную сторону брака, тѣмъ самымъ отрицаетъ гражданскій его элементъ, состоящій въ соглашеніи относительно совмѣстной супружеской жизни и всѣхъ возможныхъ послѣдствій сожитія. Извѣстно, что отношеніе римско-католической и православной церквей къ этому вопросу совершенно одинаково и имѣетъ одинаковыя каноническія основанія. Католицизмъ, совершенно отвергая разводъ, даже болѣе строго проводитъ идею таинства брака чѣмъ греческая церковь. И однакожъ свойственная природа брака ясно сознается учителями каноническаго права римской церкви. Св. Ѳома Аквинскій, слова котораго мы приводили въ другомъ мѣстѣ, различаетъ 3 элемента брака и 3 системы права его нормирующія: религіозную, гражданскую и естественную. Другой канонистъ выражается такъ: „по природѣ и происхожденію своему бракъ есть договоръ, но у христіанъ бракъ, сохраняя характеръ договора, освящается еще церковнымъ таинствомъ; таково ученіе церкви". На знаменитомъ тридентскомъ соборѣ, окончательно установившемъ начала каноническаго права по этому предмету, архіепископъ Гранадскій доказывалъ слѣдующее: гражданская и религіозная сторона брака суть двѣ различныя вещи; поэтому, если двое христіанъ хотятъ заключить бракъ безъ религіознаго освященія, то это будетъ только гражданскій договоръ, ибо религіозное освященіе не можетъ быть навязываемо тому, кто не хочетъ его брать. Вообще, какъ свидѣтельствуетъ одинъ ученый богословъ, мнѣніе о раздѣльности таинства и договора въ бракѣ было довольно распространено у канонистовъ (est tamen probabitis etiam contrario opinio docens, rationem sacramenti posse valide, etsi non licite, separeri a ratione contractus, saltem per intentionem conficiendi contractum et non sacramentum, ut tenent plurimi et maximi doctores—многіе и весьма авторитетные учители утверждаютъ, что можно заключать бракъ безъ церковнаго благословенія, если намѣреніе сторонъ заключается въ совершеніи простаго договора, и это мнѣніе имѣетъ за себя вѣроятность) [1]. Только въ знаменитовъ силлабусѣ Пія IX мы встрѣчаемъ формальное осужденіе со стороны церкви ученія о томъ, что таинство брака есть нѣчто отдѣльное и придаточное къ гражданскому договору. Но осужденіе этого взгляда силлабу-

---

[1]) Мanцолени, la famiglia, p. 141.

сомъ, проклинающимъ все и вся, скорѣе говоритъ въ пользу его правильности, чѣмъ противъ него. Если такимъ образомъ католическая церковь не отрицаетъ присутствія въ бракѣ гражданскаго элемента, а слѣдовательно и права государства на законодательное нормированіе брачнаго права съ нѣкоторыхъ сторонъ, то православная церковь еще менѣе имѣетъ основаній къ подобному отрицанію. Исторія доказываетъ, что греческая церковъ всегда признавала обязательность государственныхъ законовъ о семейномъ союзѣ, если они прямо не противорѣчатъ основнымъ ея канонамъ, хотя бъ и изданы были помимо ея участія. Такъ напр. она вполнѣ подчинилась ученію римскаго права о patria potestas и признала поэтому недѣйствительными браки дѣтей безъ согласія родителей, тогда какъ западная церковь держалась другаго на этотъ счетъ мнѣнія. Неустойка въ предбрачныхъ договорахъ классическимъ римскимъ правамъ не допускалась, но эклога и новелла Льва Философа допустили возможность неустойки—церковь подчинилась новому закону и призпала его правильность. Точно также она дала свою санкцію гражданскимъ законамъ, запрещавшимъ бракъ опекуна съ подъопечнымъ, осужденнаго на смерть или другое тяжкое наказаніе до помилованія, неравный бракъ, бракъ провинціальнаго чиновника съ мѣстной уроженкой, и т. под. [1]. Въ ученіи о причинахъ развода греческая церковь опять таки, вмѣсто того, чтобъ выставить свое самостоятельное и неизмѣнное ученіе подобно римской церкви, признала обязательными для себя гражданскія постановленія византійской имперіи, допускавшія свободу развода въ довольно широкихъ размѣрахъ. Отсюда видно, что не нарушая нисколько традицій греческой церкви, а напротивъ дѣйствуя въ ея духѣ, можно допустить обширную законодательную дѣятельность государства относительно брачнаго права.

Противъ этого возстаетъ нашъ авторъ, доказывая, что почти всѣ законы относительно условій вступленія въ бракъ по происхожденію и характеру своему суть чисто церковные и потому не могутъ быть измѣняемы свѣтскою властью. Законы, запрещающіе бракъ въ извѣстныхъ степеняхъ родства и свойства, вступленіе во второй бракъ при существованіи прежняго, опредѣляющіе минимумъ и максимумъ возраста бракосочетающихся и др., основаны на священномъ писаніи и другихъ позднѣйшихъ источникахъ цер-

---

[1]) Zhismann, стр. 616, 641, 650.

ковнаго права; какимъ же образомъ государство можетъ измѣнять ихъ по своему усмотрѣнію, не отрекаясь отъ принадлежности къ церкви? Повидимому доводъ этотъ имѣетъ нѣкоторую силу, но это только повидимому. Съ тѣмъ же точно правомъ, говоритъ проф. Гильзе, съ какимъ церковь требуетъ, чтобы дѣла брачныя разсматривались какъ ея принадлежность, она можетъ требовать, чтобъ государство поступилось въ ея пользу своимъ правомъ карать лжеприсягу, убійство и прелюбодѣяніе (а также кровосмѣшеніе), ибо бракъ во всякомъ случаѣ не болѣе имѣетъ связи съ религіей, чѣмъ лжеприсяга или нарушеніе заповѣдей, запрещающихъ убійство, прелюбодѣяніе, кражу и пр. [1]). Аргументъ этотъ по нашему мнѣнію неопровержимъ. Св. писаніе есть кодексъ не только религіозный, но и правовой; поэтому то обстоятельство, что въ немъ содержатся тѣ или другія постановленія, перешедшія въ первоначальномъ ихъ видѣ въ право новыхъ народовъ, вовсе не присвоиваетъ еще этимъ постановленіямъ характера религіозныхъ каноновъ, подчиненныхъ вліянію одного церковнаго законодательства; иначе, повторяемъ, убійство и кражу надо было бы отнести къ юрисдикціи духовныхъ судовъ. Но могутъ сказать противъ этого: убійство и т. п. запрещено было у всѣхъ народовъ, даже языческихъ, стало быть гражданскій его характеръ не подлежитъ сомнѣнію; между тѣмъ упомянутыя брачныя правила существуютъ только благодаря церковнымъ законамъ. Въ томъ-то и дѣло, что это послѣднее мнѣніе лишено всякаго основанія. Возьмемъ напр. правила объ ограниченіи брака дальними степенями родства, правила, повидимому носящія наиболѣе церковный характеръ и подчиненныя повсемѣстно значительному вліянію каноническаго права. По изслѣдованіи однако же оказывается, что подобное запрещеніе существовало у всѣхъ народовъ, о которыхъ мы только имѣемъ свѣдѣнія. „Законы, запрещающіе бракъ между близкими родственниками, говоритъ Монтескьё, такъ сильны и естественны, что они дѣйствуютъ почти на всемъ земномъ шарѣ безъ всякихъ заимствованій однимъ народомъ у другаго. Не римляне научили жителей острова Формозы, что бракъ съ родными до 4-ой степени есть кровосмѣшеніе; не отъ римлянъ узнали объ этомъ арабы и малдивцы“ [2]). Извѣстно также, что основаніемъ этого

[1]) Civil-und Misch-Ehe, стр. 56.
[2]) Esprit de lois, XXVI, 14.

запрещенія, по выводамъ новѣйшей науки, служатъ причины чисто естественныя: вырожденіе потомства и вообще дурные результаты подобныхъ браковъ. Здѣсь не мѣсто входить въ изложеніе выводовъ естествоиспытателей по этому вопросу. Замѣтимъ только, что даже учители церкви понимали необходимость естественнаго объясненія этихъ запрещеній. Въ великомъ трудѣ Блаженнаго Августина De civitati Dei находимъ весьма интересное мѣсто, гдѣ развивается оригинальный взглядъ на происхожденіе этихъ законовъ. Авторъ доказываетъ, что отвращеніе всѣхъ народовъ къ бракамъ съ близкими родственниками и стремленіе завязывать брачные союзы съ чужими семьями и племенами установлены природою съ цѣлью развить большую общественность между людьми, противодѣйствовать ихъ изолированности. Бракъ, какъ извѣстно изъ исторіи, вездѣ служилъ могущественнымъ двигателемъ сближенія между враждебными племенами и это сближеніе было бы очень затруднено, еслибъ непреодолимое естественное отвращеніе не отклоняло людей отъ браковъ съ близкими родственниками. Мы замѣчаемъ и теперь, говоритъ этотъ великій мыслитель, что и въ тѣхъ степеняхъ родства, гдѣ бракъ, не запрещенъ ни церковнымъ, ни гражданскимъ закономъ, естественное чувство отклоняетъ людей отъ супружества. Теорія Бл. Августина признана была впослѣдствіи папами за единственно вѣрную [1]). Довольно этихъ указаній, чтобъ убѣдится въ томъ, что запрещеніе брака въ извѣстныхъ степеняхъ родства въ такой степени только можетъ считаться чисто-церковнымъ институтомъ, какъ напр. убійство, потому что, оно помѣщено между заповѣдями. Авторъ утверждаетъ, что „государственной властью византійскихъ царей дѣла эти предоставлялись исключительному вѣдѣнію церковной власти“ (стр. 71); но мы знаемъ, что церковь первоначально въ опредѣленіи запрещенныхъ степеней родства руководствовалась свѣтскимъ правомъ (законами Ѳеодосія, Аркадія и Онорія), а только впослѣдствіи все болѣе расширяла число запрещенныхъ степеней [2]). „Установить иной порядокъ суда о нарушеніяхъ сихъ законовъ, и по существу (!) и по происхожденію (у древнихъ римлянъ и другихъ языческихъ на-

---

[1]) См. Spöndlin, Ueber das Eheverbot n egen Verwandschaft etc. Zürich, 1844, s. 13 сл.

[2]) Манцолени, La famiglia, p. 113.

родовъ?) церковныхъ, и со стороны государственной власти признаваемыхъ за церковные, и въ свѣтскихъ кодексахъ не содержащихся, значило бы принять мысль, что законы сіи перестаютъ быть церковными" (horribili dictu! перестаютъ быть тѣмъ, чѣмъ они собственно никогда не были) (стр. 71). Разсуждая такъ совершенно естественно построить такой тезисъ: прелюбодѣяніе и кровосмѣшеніе суть преступленія чисто церковныя, ибо они предусмотрѣны церковнымъ закономъ, и дѣйствительно было время, когда они подсудны были одному духовному суду и свѣтскіе кодексы о нихъ не упоминали; допустить, что свѣтскій судъ можетъ карать эти преступленія значило бы принять мысль, что законы сіи перестали быть церковными, или что свѣтскій судъ компетентенъ въ толкованіи и примѣненіи каноническихъ законовъ. Вѣскость такого разсужденія видна изъ того, что теперь нельзя найти ни одной страны (не исключая и Россіи), гдѣ дѣла эти не подлежали бы вѣдѣнію свѣтскаго суда.

Мы говорили о запрещеніи брака въ извѣстныхъ степеняхъ родства, но очевидно что сказанное еще болѣе примѣнимо къ другимъ отдѣламъ брачнаго права, которые, по мнѣнію нашего автора, носятъ характеръ исключительно церковный. Двоеженство, напр., нельзя считать запрещеннымъ исключительно церковнымъ закономъ. Съ одной стороны по свидѣтельству Тацита древніе германцы придерживались уже моногаміи, съ другой извѣстно, что церковь первоначально не относилась враждебно къ конкубинату и многоженству и что во времена Юстиніана еще конкубинатъ не былъ запрещенъ. Повсемѣстное установленіе закона единобрачія у новыхъ народовъ нужно поэтому разсматривать какъ результатъ развитія гражданственности, а не одного каноническаго права. Доказательствомъ этого служатъ два факта: во первыхъ то, что даже евреи въ Европѣ, находясь внѣ всякаго вліянія каноническаго права христіанскаго міра, сами признали обязательнымъ для себя законъ о единобрачіи, хотя ветхій завѣтъ не запрещаетъ многобрачія и оно держится еще у евреевъ востока; во вторыхъ то, что въ кодексахъ всѣхъ европейскихъ народовъ многобрачіе запрещено всѣмъ гражданамъ, не исключая не христіанъ или тѣхъ, которые (въ силу новыхъ законовъ въ Австріи и Германіи) объявили бы себя не принадлежащими ни къ какому исповѣданію (confessionslos). Ограниченія касательно возраста вступающихъ въ бракъ очевидно основаны

на соображеніяхъ моральныхъ, гигіеническихъ и экономическихъ, не имѣющихъ ничего общаго съ религіею. И если къ намъ эти правила перешли въ кормчихъ книгахъ, то не надо забывать, что въ самыхъ кормчихъ и вообще византійскихъ источникахъ правила эти заимствованы изъ римскихъ законовъ. Еще греки считали опасными браки, заключаемые въ раннемъ возрастѣ (Платонъ и Аристотель требуютъ для мужчины 30-лѣтній, для женщины 16-лѣтній возрастъ). У древнихъ германцевъ требовалось aetas perfecta для вступленія въ бракъ. Авторъ говоритъ, что „законъ о наименьшемъ возрастѣ, хотя и не церковнаго происхожденія, но по самому естественному ходу вещей (?) съ древнѣйшаго времени поставленъ подъ охрану церкви“ (стр. 77). Такими доводами не трудно доказать, что самое естественное состояніе — это подсудность духовному начальству всѣхъ гражданскихъ и уголовныхъ дѣлъ, относящихся къ семейному союзу, словомъ возвращеніе къ уставамъ Владиміра и Ярослава.

Доказавъ такимъ образомъ ложность мнѣнія, будто секуляризація матеріальнаго семейнаго права невозможна по сущности многихъ относящихся сюда правилъ и по отношенію къ нимъ православной церкви, перейдемъ къ опроверженію втораго тезиса нашего автора — что само гражданское законодательство у насъ признаетъ безусловно-церковный характеръ брака, какъ предмета каноническаго права. Повидимому мы приходимъ здѣсь въ противорѣчіе съ тѣмъ, что пространно было доказываемо въ первой статьѣ нашей о духовномъ судѣ. Тамъ было указано на постоянное стремленіе нашего закона выдвигать ту мысль, что бракъ есть исключительно таинство, и на вредныя послѣдствія этого стремленія. Полное выраженіе этотъ взглядъ находитъ въ ст. 1113 зак. гр., гдѣ читаемъ слѣдующее. „Бракъ во всѣхъ вѣроисповѣданіяхъ, терпимыхъ въ россійской имперіи, признается законнымъ, когда онъ совершенъ по правиламъ и обрядамъ ихъ вѣры“. Если положиться на слова этой статьи и принять ихъ за полное выраженіе основнаго начала нашего брачнаго права, то слѣдовало бы дѣйствительно прійти къ заключенію нашего автора, что мы переживаемъ еще первую изъ трехъ упоминаемыхъ Гильзе системъ: государство не признаетъ за собой никакого права вмѣшиваться въ сферу семейнаго права, но предоставляетъ послѣднее одной духовной власти; признаетъ послѣдняя данный бракъ законнымъ, государство безусловно подчиняется этому рѣшенію, и

наоборотъ. Но, несмотря на такое положительное признаніе законодателя въ подчиненіи церковному элементу, потребности дѣйствительной жизни въ регулированіи гражданской стороны брака слишкомъ сильны, слишкомъ естественны для того, чтобъ законодатель могъ отказать въ ихъ удовлетвореніи. На дѣлѣ выходитъ, что какъ церковный принципъ нерасторгаемости брака, по счастливому выраженію Наполеона, есть не болѣе какъ фикція, ибо не можетъ быть осуществляемъ, а тамъ, гдѣ онъ примѣняется, приноситъ вредъ, свойственный фикціямъ, такъ и церковный принципъ исключительно религіознаго характера брака, какъ ложный въ своемъ основаніи, не можетъ быть выдержанъ не только на практикѣ, но и въ самомъ законѣ, такъ что начало, выраженное въ ст. 1113, есть ничто иное какъ фикція. Доказательствомъ этого могутъ служить слѣдующія обстоятельства.

1) Самое помѣщеніе въ гражданскомъ кодексѣ правилъ о союзѣ брачномъ, о правахъ и обязанностяхъ семейственныхъ, причемъ законъ не ограничивается одними гражданскими *послѣдствіями* заключеннаго брака, но опредѣляетъ и условія самаго заключенія и расторженія браковъ. Этимъ законодатель очевидно признаетъ, что бракъ имѣетъ гражданскую сторону, и что нормированіе этой стороны его онъ признаетъ своимъ правомъ и обязанностью. Иначе непонятно было бы, почему все ученіе о заключеніи и расторженіи браковъ не предоставлено источникамъ каноническаго права, подобно другимъ чисто церковнымъ вопросамъ.

2) Но гораздо убѣдительнѣе въ этомъ отношеніи разсмотрѣніе содержанія этихъ правилъ. Въ Россіи существуетъ множество различныхъ вѣроисповѣданій; исходя изъ церковнаго воззрѣнія на бракъ, логически необходимо прійти къ тому заключенію, что постановленія о бракахъ лицъ разныхъ вѣроисповѣданій могутъ имѣть между собою, что-нибудь общее только въ случаѣ, если ученія этихъ исповѣданій случайно сходятся во взглядѣ на какой-нибудь предметъ. Въ самомъ дѣлѣ, если законъ для дѣйствительности брака во всѣхъ исповѣданіяхъ требуетъ только согласія съ обрядами ихъ вѣры (ст. 1113), то очевидно, что гражданскіе законы о бракахъ православныхъ, повторяя соотвѣтствующіе церковные каноны, могутъ сойтись въ разрѣшеніи извѣстнаго вопроса (напр. о запрещенныхъ степеняхъ родства) съ тѣми же законами о бракахъ католиковъ, тоже повторяющими только пра-

вила католическаго ученія, только въ томъ случаѣ, если каноническое право обоихъ исповѣданій сходится во взглядѣ на этотъ предметъ. Чтожъ мы видимъ на дѣлѣ? Правда, первый раздѣлъ 1-й книги X тома раздѣленъ на главы, изъ которыхъ каждая трактуетъ о бракѣ у лицъ разныхъ вѣроисповѣданій, изъ чего можно заключить, что принципъ ст. 1113 послѣдовательно примѣняется закономъ. Но, какъ многое другое въ сферѣ нашего семейнаго права, это одна внѣшность, нисколько не соотвѣствующая содержанію. На дѣлѣ мы встрѣчаемъ рядъ постановленій объ условіяхъ вступленія въ бракъ, обязательныхъ для лицъ всѣхъ вѣроисповѣданій, независимо отъ ученія соотвѣтствующихъ церквей. Такимъ образомъ на основаніи ст. 63 запрещеніе вступать въ бракъ ранѣе 18 или 15 лѣтъ распространяется на лицъ всѣхъ христіанскихъ вѣроисповѣданій, между тѣмъ католическая церковь, напр., требуетъ только 14 и 12 лѣтняго возраста. По ст. 91 это же запрещеніе распространяется и на нехристіанъ (магометанъ и евреевъ), хотя ихъ религіозные законы рѣшительно противорѣчатъ такому ограниченію. Какъ обыкновенно бываетъ при отсутствіи у законодателя одного выработаннаго взгляда на цѣлый институтъ, логическое противорѣчіе между принципами законодателя проявляется и внѣшнимъ образомъ въ противорѣчіи формально-юридическомъ. Здѣсь мы имѣемъ примѣръ этого рода. По ст. 1113 бракъ лицъ всѣхъ исповѣданій, не исключая магометанъ, евреевъ и пр., признается законнымъ, когда онъ совершенъ по обрядамъ ихъ вѣры. Отсюда необходимо вытекаетъ, что бракъ, совершенный имамомъ или раввиномъ по ученію своей вѣры, всегда признается законнымъ и со стороны государства. Но по ст. 25 браки, основанные на неправильномъ разводѣ и заключенные вопреки правилъ, выше сего постановленныхъ, признаются недѣйствительными и совершившіе ихъ подвергаются отвѣтственности по уложенію о наказ. Изъ этой статьи слѣдуетъ, что бракъ магометанъ или евреевъ до узаконеннаго возраста (ст. 91) признается недѣйствительнымъ, хотя бы онъ былъ заключенъ вполнѣ согласно съ обрядами ихъ вѣры. Это прямо противорѣчитъ ст. 1113, а также ст. 90, въ которой сказано: каждому племени и народу дозволяется вступать въ бракъ по правиламъ ихъ закона, безъ участія въ томъ гражданскаго начальства. Смыслъ этихъ послѣднихъ словъ тотъ, что гражданское начальство, какъ органъ свѣтской власти, не измѣняетъ никакихъ религіозныхъ постановленій о бракѣ и признаетъ здѣсь законнымъ

все, что одобряется духовною властью. Но коль скоро гражданскій законъ дѣлаетъ обязательнымъ достиженіе извѣстнаго возраста даже тамъ, гдѣ религіозный законъ этого не требуетъ, то нельзя уже говорить о томъ, что браки лицъ этихъ исповѣданій совершаются „безъ участія гражданскаго начальства". Отмѣтимъ еще слѣдующее противорѣчіе. На основаніи статьи 1113 всѣ терпимыя въ Россіи исповѣданія пользуются одинаковою автономіею въ дѣлѣ брака. По мысли закона, всякое вѣроученіе имѣетъ такое же право на независимое отъ вмѣшательства гражданскаго начальства регулированіе брачнаго права, какъ и всякое другое исповѣданіе; предпочтенія одному вѣроученію предъ другимъ законъ не отдаетъ. Отсюда слѣдуетъ, что нарушеніе предписаній закона относительно заключенія брака, если предписаніе это одинаково обязательно для лицъ всѣхъ исповѣданій, должно влечь за собою одинаковыя послѣдствія. Между тѣмъ, хотя запрещеніе вступать въ бракъ до извѣстнаго возраста распространяется на лицъ всѣхъ исповѣданій (ст. 3, 63, 93), но нарушеніе этого запрещенія влечетъ неодинаковыя послѣдствія по разнымъ исповѣданіямъ. У православныхъ бракъ, заключенный до установленнаго закономъ возраста, не признается незаконнымъ (ст. 37, законными признаются—браки лицъ, не достигшихъ возраста, *церковью* опредѣленнаго. Тоже выражено въ ст. 18, пунк. б. инструкціи благочиннымъ). Относительно лицъ другихъ христіанскихъ исповѣданій въ законѣ вовсе нѣтъ прямаго указанія на послѣдствія нарушенія упомянутаго запрещенія (ст. 63), но изъ ст. 71 можно заключить, что бракъ признается въ такомъ случаѣ недѣйствительнымъ. Относительно же нехристіанъ, это положеніе прямо выражено въ ст. 95. Такимъ образомъ вопросъ о послѣдствіяхъ вступленія въ бракъ до установленнаго закономъ возраста находится въ трехъ различныхъ положеніяхъ по своду, смотря по тому, къ какому исповѣданію принадлежатъ вступившіе въ бракъ, хотя самое запрещеніе имѣетъ одинаковую силу для всѣхъ гражданъ. Это само по себѣ не логично, противорѣчитъ принципу ст. 1113 и наконецъ просто несправедливо. Католическая церковь напр. имѣетъ, такъ же какъ и православная, свою собственную норму законнаго возраста (14 л. для мужчины и 12 для женщины); почему же, съ точки зрѣнія закона, признающаго равноправность всѣхъ исповѣданій въ дѣлахъ брачныхъ, этой католической нормѣ не придавать такого же значенія, какъ православной? Отвѣтъ

на это можетъ быть только одинъ. Законъ гражданскій охотнѣе вторгается въ сферу семейнаго права иновѣрцевъ, чѣмъ православныхъ. Тамъ онъ не такъ стѣсняется отступать отъ ригоризма церковнаго воззрѣнія на бракъ, какъ въ брачномъ правѣ православныхъ. Поэтому, хотя интересъ государства въ соблюденіи правилъ о законномъ возрастѣ брачущихся одинаковъ относительно всѣхъ гражданъ (и даже болѣе значителенъ въ отношеніи православныхъ, какъ составляющихъ большинство населенія), но охраненіе этого интереса у послѣднихъ менѣе гарантировано. Вслѣдствіе укоренившагося представленія о совершенной самостоятельности духовенства въ дѣлахъ брачныхъ, законъ 1830 г., установившій гражданскій возрастъ, долго не соблюдался на практикѣ, такъ что въ 1833 г. вторично повелѣно было объявить его повсемѣстно [1]). Но и послѣ этого законъ не рѣшился принять строгія мѣры для гарантіи его исполненія, именно объявленія его въ числѣ impedimenta dirimentia, но сдѣлалъ однакожъ это относительно иновѣрцевъ. Этимъ фактически нарушенъ принципъ ст. 1113.

Послѣ этого отступленія продолжаемъ указанія на тѣ правила закона, которыя содержатъ общія правила для лицъ всѣхъ исповѣданій независимо отъ ученія религіи. „Воспрещеніе всякихъ предварительныхъ, произвольныхъ между супругами актовъ, клонящихся къ разрыву супружескаго союза, распространяется на всѣ вообще христіанскія исповѣданія, не выключая и тѣхъ, которыя принимаютъ бракъ за союзъ гражданскій“ (ст. 76). Юридическая сторона, присущая всякому браку безъ различія исповѣданія, признана этой статьей положительнымъ образомъ, хотя логическое проведеніе этой мысли должно было бы повести къ распространенію этого правила и на нехристіанскія исповѣданія. Нельзя понять, какое различіе между тѣми христіанскими исповѣданіями, которыя признаютъ бракъ гражданскимъ актомъ, и исповѣданіями нехристіанскими, придерживающимися того же взгляда. Различія тутъ гораздо менѣе, чѣмъ между ними же и христіанскими исповѣданіями, признающими бракъ за таинство; и если послѣднія всѣ уравнены относительно даннаго вопроса, то послѣдовательно было бы распространить правило ст. 76 на всѣ исповѣданія, подобно требованію законнаго возраста. Статьи 94, 97 и 98 уста-

---

[1]) Собраніе постановленій по части раскола, 1, 100.

новляютъ правила о разводахъ магометанъ, причемъ недовольствуются повтореніемъ правилъ духовнаго закона магометанъ, но распространяютъ на нихъ постановленія гражданскія, неимѣющія основанія въ религіозномъ законѣ (напр. пятилѣтній срокъ для развода по безвѣстному отсутствію).

Изъ этихъ примѣровъ видно, что иновѣрцы часто даютъ нашему законодателю поводъ выдвинуть гражданскую сторону брака и участіе государственной власти въ организаціи семейнаго союза. Здѣсь законъ не такъ стѣсненъ признакомъ безусловно-церковнаго характера брака и легче рѣшается на самостоятельныя распоряженія по этому предмету, чѣмъ въ отношеніи православныхъ.

3) Этимъ какъ-будто подтверждается взглядъ нашего автора. что относительно брака православныхъ, свѣтскій законъ самъ не признаетъ за собой права иниціативы въ его регулированіи, но всецѣло подчиняется закону церковному. На самомъ дѣлѣ, однакожъ, идея ст. 1113 и тутъ не болѣе какъ фикція. Дѣйствительно, еслибъ законъ признавалъ обязательнымъ, въ области брачнаго права, лишь постановленія церковныя, то въ соотвѣтствующемъ отдѣлѣ свода мы встрѣчали бы лишь правила каноническаго происхожденія. Но мы находимъ здѣсь не мало постановленій, по происхожденію и мотивамъ своимъ чисто гражданскихъ. Таково правило ст. 6 о необходимости согласія родителей и опекуновъ на вступленіе въ бракъ. Византійская церковь хотя и признавала всегда это требованіе, но не какъ свое собственное, а какъ гражданскій законъ. Что церковь, по своему взгляду на бракъ, была противъ этого правила, видно изъ историческаго хода его развитія. Первоначально она подчинялась безусловно римскому понятію о patria potestas и потому признавала, согласно римскому праву, самый бракъ, заключенный безъ надлежащаго согласія, недѣйствительнымъ. Впослѣдствіи, когда церковь болѣе окрѣпла и ея право пріобрѣло больше самостоятельности и вліянія, она установила правило, что согласіе, данное впослѣдствіи, узаконяетъ предшествовавшій бракъ и рожденныхъ въ немъ дѣтей [1]). Впрочемъ, мы вернемся еще къ этому предмету послѣ. Правило ст. 9 о необходимости разрѣшенія начальства, распространяющееся, на основаніи ст. 62, на всѣ христіанскія исповѣда-

[1]) Zhismann, S. 616 и сл.

нія, очевидно тоже имѣетъ характеръ гражданскій. Таковы также дѣйствующія по духовному вѣдомству, хотя и не вошедшія въ сводъ, правила о запрещеніи совершать браки скопцовъ, кантонистовъ, воспитанниковъ учебныхъ заведеній и т. п. Самъ законодатель сознаетъ, что общая сумма правилъ по брачному союзу слагается изъ двухъ элементовъ: правилъ церковнаго и свѣтскаго происхожденія. Сознаніе это ясно выразилось въ слѣдующемъ фактѣ.

Большинство преступленій противъ союза семейственнаго, какъ составляющихъ, кромѣ уголовнаго, еще церковное правонарушеніе, наказывается церковнымъ покаяніемъ, сверхъ общаго наказанія. Но вступленіе въ бракъ раньше или позже опредѣленнаго гражданскимъ закономъ возраста (ст. 1563 улож. о нак.), безъ разрѣшенія начальства (1565), родителей (1566) и опекуновъ (1567), не влечетъ за собою церковнаго покаянія; очевидно потому, что запрещенія эти свѣтскаго характера, не нарушаютъ требованій церкви, и потому законъ не считаетъ себя въ правѣ установлять тутъ церковное покаяніе (и нашъ авторъ утверждаетъ, что церковное покаяніе удерживается нашимъ закономъ не вслѣдствіе церковнаго происхожденія и характера караемыхъ имъ дѣяній, а совершенно по другимъ (?) своимъ собственнымъ и внутреннимъ соображеніямъ — стр. 42).

Помѣщеніе въ уголовномъ кодексѣ и передача общимъ судебнымъ мѣстамъ наказанія важнѣйшихъ преступленій противъ союза семейственнаго само по себѣ служитъ уже нѣкоторымъ доказательствомъ того, что законъ признаетъ въ своихъ постановленіяхъ по брачному праву не одну церковную, но и гражданскую сторону. Говоримъ „нѣкоторымъ", потому что законъ признаетъ себя вправѣ у насъ карать уголовнымъ порядкомъ и такъ называемыя преступленія противъ вѣры, несмотря на ихъ несомнѣнно чисто-церковный характеръ.

4) Но этого мало. Государственная власть не только считаетъ себя вправѣ издавать самостоятельныя постановленія по брачному праву, основанныя на соображеніяхъ, не имѣющихъ нисколько церковнаго характера, но, въ случаѣ надобности, дѣйствуетъ еще рѣшительнѣе и отмѣняетъ постановленія церкви тамъ, гдѣ они оказываются несоотвѣтствующими настоятельнымъ потребностямъ общественной жизни. Таковъ именно петровскій законъ о разрѣшеніи браковъ между православными и лицами другихъ христіанскихъ исповѣданій, представляющій важное от-

ступленіе отъ обычаевъ русской церкви. Правда, законъ былъ изданъ при участіи духовной власти, но иниціатива его принадлежала правительству, руководившемуся при этомъ соображеніями государственнаго интереса, такъ что согласіе духовной власти на эту мѣру въ сущности было формальностью, необходимою по характеру нашего брачнаго права, но все-таки только формальностью. Таковы тѣ правительственныя мѣры, которыми въ послѣдніе годы, какъ извѣстно, отмѣнены для остзейскаго края правила о бракахъ между православными и протестантами (ст. 67 зак. гр.). Вслѣдствіе чисто-гражданскихъ соображеній, о которыхъ говорить здѣсь не приходится, правительство нашло несправедливымъ настаивать относительно смѣшанныхъ браковъ въ прибалтійскомъ краѣ на точномъ исполненіи правилъ ст. 67, клонящихся къ тому, чтобъ создать привилегированное положеніе для православной вѣры въ подобныхъ семьяхъ (необходимость вѣнчанія по православному обряду, воспитанія дѣтей въ православіи и пр.) Еще прежде сдѣлано было изъятіе въ этомъ смыслѣ для природныхъ жителей Финляндіи (ст. 68). Не видимъ ли мы тутъ ясно, какъ, при столкновеніи существующихъ постановленій съ важными соображеніями политическаго свойства, первыя уступаютъ мѣсто послѣднимъ и тѣмъ доказываютъ, что законъ нашъ не забываетъ гражданскаго характера брака и своего права охранять затрогиваемые бракомъ общественные интересы?

Въ результатѣ мы получаемъ слѣдующее: *формально* законъ нашъ признаетъ, что брачное право Россіи находится въ первомъ изъ трехъ фазисовъ развитія системы отношеній между государствомъ и церковью по этому предмету, т. е. въ томъ фазисѣ, когда государство предоставляетъ одной церкви организацію семейнаго союза и довольствуется исполненіемъ ея правилъ; но *на дѣлѣ* дѣйствующее право находится во второмъ фазисѣ, т. е. періодѣ взаимодѣйствія властей свѣтской и духовной, путемъ обоюдныхъ уступокъ въ нормированіи брака. А если такъ, то, очевидно, нѣтъ никакихъ препятствій къ дальнѣйшей дѣятельности законодательства по пути улучшенія брачнаго права. Нашъ авторъ силится доказать, что реформы въ этомъ смыслѣ возможны только при отреченіи закона отъ теперешняго его основнаго принципа и усвоеніи новаго воззрѣнія на коренной характеръ брачнаго права. Предшествовавшее изложеніе доказываетъ ошибочность этого мнѣнія. Не отступая отъ основныхъ

началъ дѣйствующаго права, можно и должно подвергнуть полной переработкѣ 1-й раздѣлъ 1-й книги X тома, съ цѣлью произвести слѣдующія измѣненія и дополненія.

1) Съ точки зрѣнія технической, улучшенія внѣшней формы правового матеріала, мы указали уже прежде на необходимость слить во-едино разбросанныя по разнымъ мѣстамъ правила о вступленіи въ бракъ. Мы указали въ первой статьѣ, что правила X тома далеко не исчерпываютъ дѣйствующаго права о заключеніи брака, и что существуетъ еще масса постановленій въ источникахъ духовнаго законодательства. Кромѣ примѣровъ, прежде приведенныхъ, укажемъ еще на слѣдующіе. Независимо отъ правила ст. 22 зак. гр. объ отмѣткѣ на паспортахъ о брачномъ состояніи лицъ податныхъ сословій, на практикѣ духовное сословіе придерживается еще какого-то указа 5-го января 1825 года и требуетъ отъ этихъ лицъ, желающихъ вступать въ бракъ, свѣдѣнія отъ мѣщанскихъ или купеческихъ управъ объ отсутствіи препятствій къ совершенію брака [1]). Число дней въ году, когда допускается вѣнчаніе по правиламъ православной церкви, менѣе одной трети года! Задача законодателя прежде всего должна заключаться въ томъ, чтобъ собрать во-едино всѣ относящіеся къ совершенію брака законы, дабы пресѣчь неопредѣленное, хаотическое состояніе этого отдѣла права и дать возможность каждому узнать, что, наконецъ, должно считать дѣйствующимъ правомъ по этому предмету.

2) Мы видѣли, что хотя законъ, согласно формальному своему принципу, и разбиваетъ постановленія раздѣла „о союзѣ брачномъ“ на отдѣльныя главы о бракѣ у лицъ разныхъ исповѣданій, такъ что, повидимому, между этими главами нѣтъ ничего общаго, но въ дѣйствительности и у насъ есть правила общія всѣмъ исповѣданіямъ относительно брака, и это именно тѣ правила, которыя относятся къ гражданской сторонѣ брака. Другими словами: существуетъ общій отдѣлъ ученія о союзѣ брачномъ, хотя внѣшняя редакція закона отрицаетъ его существованіе. Этотъ общій отдѣлъ долженъ, при новой редакціи закона, предшествовать правиламъ о бракѣ у разныхъ исповѣданій. Этимъ устранены будутъ различныя недоразумѣнія, возбуждае-

---

[1]) Парвовъ, „Практическое изложеніе церковно-гражданскихъ постановленій“, стр. 143.

мыя дѣйствующимъ закономъ. Такъ, нѣкоторыя правила, по буквальному смыслу закона, относятся какъ-будто только къ бракамъ христіанъ, тогда какъ имъ слѣдуетъ приписать болѣе общее значеніе. Именно, ст. 62 говоритъ: запрещенія, выше сего изложенныя, какъ-то... распространяются на браки всѣхъ вообще *христіанскихъ* исповѣданій, въ той мѣрѣ, какъ сіе узаконеніями для тѣхъ исповѣданій установлено. Затѣмъ, въ главѣ о бракахъ нехристіанъ, соотвѣтствующаго правила не содержится. Отсюда ясно слѣдуетъ, что исчисленныя въ ст. 62 запрещенія на браки нехристіанъ не распространяются, т. е. что запрещенія эти могутъ имѣть мѣсто у нехристіанъ только на основаніи ихъ религіозныхъ законовъ. Въ самомъ дѣлѣ, если даже относительно христіанъ неправославныхъ, законъ хотя и распространяетъ на нихъ силу запрещеній, въ ст. 62 поименованныхъ, но съ оговоркой „въ той мѣрѣ" и пр., то относительно нехристіанъ, о которыхъ подобнаго правила вовсе нѣтъ, примѣнимость указанныхъ въ этой статьѣ ограниченій должна обусловливаться принципомъ ст. 90, т. е. религіознымъ закономъ. Однакожъ къ другому выводу мы придемъ, если обратимъ вниманіе на ст. 1586 улож. о нак., изъ которой ясно видно, что запрещеніе принуждать ко вступленію въ бракъ, а слѣдовательно и совершать таковой бракъ, примѣняется къ лицамъ всѣхъ исповѣданій одинаково. Точно также запрещеніе вступать въ бракъ безъ согласія родителей, опекуновъ и начальства, въ силу ст. 1565—7 улож., примѣняются къ лицамъ всѣхъ исповѣданій. И такъ мы видимъ, что часть правилъ, упомянутыхъ въ ст. 62, имѣетъ болѣе общій характеръ, чѣмъ тотъ, который приписывается имъ этою статьею. Упомянутое въ п. 3 ст. 62 запрещеніе вступать въ новый бракъ при существованіи прежняго, тоже примѣнимо не къ однимъ христіанамъ, ибо на основаніи ст. 1088 т. XI ч. 1 (п. 3) раввинъ, совершая браки, обязанъ наблюдать, чтобы вторичный бракъ допускаемъ былъ не иначе, какъ по удостовѣреніи въ прекращеніи прежняго, а по прим. 1 къ ст. 1086 браки, совершенные не раввинами, признаются недѣйствительными. Такимъ же образомъ ст. 76 даетъ основаніе думать, что запрещеніе добровольнаго разлученія супруговъ простирается только на христіанъ, между тѣмъ какъ ст. 46 и еще болѣе 103 по своему общему характеру приводятъ къ противоположному заключенію.

Эти и подобныя недоумѣнія прямо указываютъ на то, въ

чемъ заключается ближайшая задача законодателя относительно техническаго улучшенія этого отдѣла права: нужно выдѣлить въ особую главу тѣ правила о совершеніи браковъ, которыя и теперь уже имѣютъ характеръ гражданскій и распространяются поэтому на лицъ всѣхъ вѣроисповѣданій.

3) Третья чисто-техническая задача заключается въ томъ, чтобъ замѣнить всѣ существующія ссылки на церковныя правила точными опредѣленіями гражданскаго закона, хотя бы опредѣленія эти были заимствованы изъ церковныхъ источниковъ. Этимъ путемъ шло и до сихъ поръ наше законодательство, издавая въ видѣ гражданскихъ законовъ постановленія о бракахъ, заимствованныя изъ каноническаго права; но всѣ сдѣланныя въ этомъ отношеніи шаги имѣютъ отрывочный характеръ и притомъ отличаются какой-то нерѣшительностью. Мѣстами законъ до сихъ поръ дѣлаетъ ссылку на церковные законы, хотя ссылка эта излишня вслѣдствіе того, что данное церковное правило содержится въ самомъ гражданскомъ законѣ. Такъ примѣч. къ ст. 37 говоритъ: правило, въ п. 7 сей статьи постановленное (о недѣйствительности браковъ православныхъ съ не христіанами), не распространяется однакожъ на тѣ случаи, когда супруги, одинъ или оба, восприяли св. крещеніе уже по вступленіи въ бракъ; сіи случаи разсматриваются особо и разрѣшаются духовнымъ начальствомъ *на основаніи постановленій церкви*. Если судить по послѣднимъ словамъ, можно подумать, что гражданскій законъ не содержитъ никакихъ постановленій объ этомъ предметѣ, такъ что духовное начальство предоставлено исключительно своему ученію по этому пункту. Между тѣмъ ст. 80—84 содержатъ подробныя правила именно по этому предмету. Между этими статьями и примѣч. къ ст. 37 есть редакціонное противорѣчіе. Одно изъ двухъ: или ст. 80—84 безусловно обязательны для духовнаго начальства (въ чемъ, конечно, нельзя сомнѣваться) и тогда оно должно руководиться ими, а не какими-то неопредѣленными постановленіями церкви, какъ гласитъ прим. къ ст. 37; или духовное начальство можетъ руководиться, на основаніи этого примѣчанія, каноническими правилами о бракахъ съ нехристіанами; но тогда какое значеніе имѣютъ ст. 80—84, если онѣ не обязательны для того вѣдомства, которое одно имѣетъ возможность примѣнять ихъ? Противорѣчіе это объясняется тѣмъ, что правила ст. 80—84, хотя и помѣщены въ гражданскомъ законѣ, въ сущности суть по-

становленія церкви, ибо извлечены изъ указовъ св. синода. Такимъ образомъ прим. къ ст. 37, говоря о „постановленіяхъ церкви“, имѣетъ въ виду тѣ самыя правила, которыя въ формѣ гражданскихъ законовъ изложены въ ст. 80—84.

Тоже слѣдуетъ сказать о другой болѣе общей и принципіальной статьѣ т. X ч. 2—ст. 805, не измѣненной и судебными уставами. „Епархіальное начальство, говорится здѣсь, всѣ заключенія свои о законности или незаконности, дѣйствительности или недѣйствительности браковъ основываетъ на точномъ разумѣ правилъ св. церкви и опредѣленій св. синода“.

Можно было бы подумать, по выраженіямъ этой статьи, что не существуетъ никакихъ гражданскихъ законовъ, обязательныхъ при рѣшеніи брачныхъ дѣлъ для духовнаго начальства. Между тѣмъ нѣтъ сомнѣнія въ томъ, что всѣ гражданскіе законы, сюда относящіеся, безусловно обязательны для духовнаго вѣдомства, какъ и для всякаго другаго, и что оно можетъ примѣнять каноническое право какъ субсидіарное лишь въ той мѣрѣ, какъ это допускается гражданскимъ закономъ. Каково бы ни было, по мнѣнію даннаго епархіальнаго начальника, ученіе русской церкви о смѣшанныхъ бракахъ напр., онъ обязанъ примѣнять тѣ правила по этому предмету, которыя вошли въ гражданскій законъ, тогда, какъ ст. 805 даетъ поводъ предполагать противное. Истинный смыслъ этой статьи тотъ, что правительство признаетъ себя вправѣ регулировать брачныя отношенія только по соглашенію съ духовнымъ начальствомъ. Поэтому послѣднее въ своей дѣятельности по брачнымъ дѣламъ, даже примѣняя свѣтскіе законы, руководится по крайней мѣрѣ формально церковными правилами. Но это хаотическое состояніе законодательства, то возводящаго въ гражданскіе законы церковныя постановленія, то ссылающагося на эти постановленія въ первоначальномъ ихъ видѣ, и какъ будто признающаго ихъ полную независимость, должно быть разъ на всегда устранено прежде, чѣмъ можно будетъ подумать о серьозныхъ улучшеніяхъ самаго содержанія этого отдѣла права. Нельзя объяснить почему нѣкоторые вопросы, напр. о смѣшанныхъ бракахъ, о вліяніи крещенія на браки нехристіанъ, о причинахъ развода, подробно опредѣлены гражданскимъ закономъ, хотя и по соглашенію съ духовнымъ вѣдомствомъ, а другіе вопросы вовсе игнорируются закономъ и предоставляются всецѣло усмотрѣнію духовныхъ властей. Сюда относится, на-

примѣръ, важный вопросъ о запрещенныхъ степеняхъ родства. Гражданскій законъ ограничивается тутъ ссылкою на церковныя правила (ст. 23 и 64), и мы видѣли уже въ прежней статьѣ, что отсутствіе точныхъ правилъ по этому предмету ведетъ къ большимъ стѣсненіямъ для общества, ибо духовенство нѣкоторыхъ епархій идетъ далѣе даже существующихъ церковныхъ постановленій, весьма строгихъ на этотъ счетъ. Это было бы невозможно, еслибъ въ законѣ были опредѣлены запрещенныя степени родства и свойства. Нашъ авторъ (стр. 71), доказывая, что дѣла о вступленіи въ бракъ въ запрещенномъ родствѣ должны по прежнему оставаться въ вѣдѣніи духовныхъ судовъ, подтверждаетъ это тѣмъ, что въ законѣ свѣтскомъ вовсе не указаны запрещенныя степени родства, такъ что судъ будетъ находиться въ безусловной зависимости отъ мнѣнія духовнаго начальства, которое въ сущности будетъ по прежнему рѣшать эти дѣла. Справедливо, конечно, какъ мы утверждали съ самаго начала, что предполагаемая передача брачныхъ дѣлъ предоставитъ уголовному суду разбирать дѣла о такихъ правонарушеніяхъ, фактическіе признаки которыхъ не опредѣлены въ законѣ, а должны быть указываемы каждый разъ другимъ вѣдомствомъ. Уголовный судъ долженъ опредѣлять наказаніе за вступленіе въ бракъ въ недозволенной степени родства, гражданскій судъ долженъ опредѣлить съ правовой стороны вопросъ о законности даннаго брака, а между тѣмъ ни тотъ, ни другой не находятъ въ законѣ указаній, что именно тутъ запрещено, при какихъ условіяхъ такой бракъ незаконенъ! Еслибъ такое состояніе матеріальнаго права должно было остаться неизмѣннымъ, я согласился бы съ мнѣніемъ автора, что проще и удобнѣе предоставить разборъ этихъ дѣлъ духовному суду, имѣющему въ своемъ распоряженіи нужные для рѣшенія законы, чѣмъ сочинить двойную процедуру разбора одного дѣла въ двухъ судахъ. Но дѣло въ томъ, что ст. 23 и 64 и безъ того должны быть замѣнены правилами гражданскаго закона о запрещенномъ родствѣ для устраненія тѣхъ стѣсненій, которыя существуютъ теперь на практикѣ; а тогда разборъ этихъ дѣлъ свѣтскими судами ни представитъ никакихъ затрудненій. Но возможно ли установленіе въ гражданскомъ законѣ правилъ о запрещенномъ родствѣ безъ нарушенія ученія церкви? Выше мы привели слова нашего автора, полагающаго, что передать эти дѣла свѣтскому суду значитъ признать, что за-

коны сіи перестають быть церковными (стр. 71). Что это неправильно съ точки зрѣнія дѣйствующаго закона, видно изъ указанныхъ только что двухъ мѣстъ (ст. 37, т. X, ч. 1 и ст. 805, т. X, ч. 2), гдѣ законъ называетъ постановленіями церкви такія правила, которыя вошли въ сводъ въ видѣ гражданскихъ законовъ; изъ этого видно, что внѣшняя секуляризація брачноправовыхъ нормъ не лишаетъ ихъ, въ глазахъ законодателя, характера церковныхъ правилъ. „Возможно ли, говоритъ нашъ авторъ за г. Побѣдоносцевымъ, перенесть въ гражданскій законъ условія совершенія и расторженія браковъ по одному произволу законодателя, не справляясь съ уставами церкви и не повторяя соборныхъ опредѣленій? Немыслимъ у насъ такой переворотъ безъ отреченія отъ церкви!“ Но между безусловнымъ, пассивнымъ подчиненіемъ церковному закону и произволомъ законодателя, вовсе не справляющагося съ ученіемъ церкви, есть средній путь: регулированіе и подчасъ видоизмѣненіе брачнаго права законодателемъ не по одному его усмотрѣнію, а по соглашенію съ духовнымъ вѣдомствомъ. Это тотъ путь, которымъ идетъ вообще наше законодательство о бракѣ, и онъ можетъ быть естественно примѣненъ и къ опредѣленію запрещеннаго родства. Нашъ авторъ же, примѣняя къ данному случаю болѣе патетическую, чѣмъ убѣдительную тираду г. Побѣдоносцева, повидимому думаетъ, что нѣтъ никакой средины между игнорированіемъ церковнаго закона и полнымъ ему подчиненіемъ. Прусскій кодексъ тоже считаетъ церковное вѣнчаніе необходимымъ для дѣйствительности брака (Landr. II, 1, § 136) и, однакожъ, всѣ условія совершенія брака, въ томъ числѣ опредѣленіе дозволеннаго родства, точно регулированы имъ безъ ссылокъ на церковное право. Ничто не мѣшаетъ и нашему законодателю послѣдовательно идти по этому пути.

4) Но техническими улучшеніями еще не исчерпываются ближайшія задачи законодателя относительно нашего предмета. Необходимы и легко осуществимы другія, болѣе существенныя измѣненія въ содержаніи касающихся брака правилъ. Измѣненія эти должны быть основаны на одной идеѣ — возможно большей свободы брака. По естественному закону, говоритъ Монтескье чѣмъ болѣе законъ уменьшаетъ число могущихъ быть совершаемыми браковъ, тѣмъ болѣе онъ развращаетъ браки совершае-

мые [1]). По задачѣ и объему настоящаго очерка невозможно входить здѣсь въ подробное развитіе общепризнаваемаго принципа, что государство во всѣхъ отношеніяхъ заинтересовано въ возможномъ увеличеніи числа браковъ, къ чему, между прочимъ, ведетъ облегченіе условій вступленія въ бракъ. Нашъ законъ, какъ будто признавая это начало, нѣсколько разъ говоритъ о безусловной свободѣ брака для всѣхъ, о невмѣшательствѣ властей и т. п. (ст. 1, 61, 90 з. гр.). Но какъ вообще въ этомъ отдѣлѣ слово расходится съ дѣломъ, провозглашаемый закономъ принципъ весьма слабо проводится въ частностяхъ. По поводу того, что число дней, когда могутъ быть вѣнчаемы браки, у насъ менѣе ⅓ года, кто-то замѣтилъ: видно, что этимъ дѣломъ распоряжаются монахи (монашествующее духовенство, какъ извѣстно, преобладаетъ въ нашей церковной администраціи); не имѣя права вступать въ бракъ, они мало думаютъ о положеніи брачущихся и легко рѣшаются дѣлать имъ всякія затрудненія. Подъ шуточною формою, это замѣчаніе скрываетъ глубокую истину. Духовенство, какъ представитель церковныхъ идей, не имѣетъ никакихъ побужденій облегчать совершеніе браковъ, ибо церковь только терпитъ бракъ, идеалъ же свой видитъ въ безбрачіи. Напротивъ, государство вездѣ всячески стремится поощрять и облегчать брачную жизнь, какъ единственную прочную основу правильнаго общежитія. Исторія повсемѣстно показываетъ борьбу этихъ двухъ началъ и пора нашему законодательству, подобно кодексамъ всѣхъ цивилизованныхъ народовъ, стать на почву государственнаго принципа — возможнаго облегченія брака. Съ этой цѣлью нужно будетъ многое измѣнить въ дѣйствующемъ правѣ. Для примѣра укажемъ здѣсь на слѣдующее.

1) Законы о запрещенныхъ степеняхъ родства крайне строги и стѣснительны у насъ; необходимость реформы въ этомъ отношеніи признается людьми, стоящими внѣ всякаго подозрѣнія въ неуваженіи къ церкви и ея законамъ. Такъ, авторъ упомянутой уже нами статьи въ „Современ. Изв." говоритъ объ этомъ слѣдующее. „Законы эти (о запрещенномъ родствѣ) давно уже требуютъ тщательнаго пересмотра для снисходительнаго ограниченія въ нѣкоторой степени настоящей ихъ строгости, по соображенію съ открывающимися неудобствами въ низшихъ классахъ

---

[1]) Esprit des lois, 1. XXIII.

по причинѣ населенности нѣкоторыхъ мѣстъ, такъ что все население состоитъ въ разныхъ степеняхъ родства и свойства, а въ высшихъ классахъ — по нѣкоторымъ уважительнымъ семѣйнымъ обстоятельствамъ; равнымъ образомъ, для предупрежденія разныхъ внѣбрачныхъ союзовъ, происходящихъ отъ затрудненій, полагаемыхъ закономъ для вступленія въ бракъ въ такихъ степеняхъ родства или свойства, которымъ не претитъ самая разборчивая совѣсть, какъ-то: отдѣльной крови, или въ смѣси съ другой самостоятельной, напр. двоюроднымъ братьямъ съ двумя родными сестрами, съ которыми у нихъ нѣтъ никакого плотскаго родства, или въ нѣкоторыхъ степеняхъ родства духовнаго, такъ-называемаго кумовства" [1]).

Духовное вѣдомство, односторонне преслѣдуя одну задачу, естественно склонно приносить ей въ жертву интересы семейной жизни и все увеличивать число запрещенныхъ степеней родства. Но государство, имѣя, наоборотъ, въ виду противоположную задачу — облегченія брака, должно противодѣйствовать этой опасной тенденціи каноническаго права.

2) Нужно уничтожить ту обширную дискреціонную власть епархіальныхъ начальниковъ по брачнымъ дѣламъ, которая ставитъ какъ самое духовенство, такъ и гражданъ въ безусловную зависимость отъ личнаго усмотрѣнія немногихъ лицъ. Мы подробно говорили прежде о вредѣ этого принципа и обширномъ его примѣненіи на практикѣ. Мы видѣли также, что отчасти самъ законъ ослабилъ эту централизацію духовной власти по брачному праву. Но нѣтъ ни одного случая, гдѣ необходимо было бы удержать на дальнѣйшее время эту систему, признанную вредною во всѣхъ ефврахъ суда и администраціи.

3) Необходимо отмѣнить массу стѣснительныхъ правилъ, въ настоящее время затрудняющихъ совершеніе брака на каждомъ шагу. Таково ограниченіе дней вѣнчанія весьма малымъ числомъ. Таково право священниковъ отказывать въ вѣнчаніи по причинѣ незнанія молитвъ (не такъ давно газеты сообщили о случаѣ самоубійства крестьянки-невѣсты вслѣдствіе подобнаго отказа; такіе факты не должны проходить незамѣченными законодателемъ).

4) Нужно, наконецъ, обратить больше вниманія на брачное

[1]) „Современныя Извѣстія", 1870 г. № 33.

право иновѣрцевъ, въ томъ числѣ и не христіанъ, число которыхъ въ Россіи такъ значительно. Въ гражданскомъ кодексѣ нѣтъ мѣста для того предпочтенія, которое дѣйствующій законъ оказываетъ одному исповѣданію предъ всѣми другими, подробно нормируя только брачное право перваго, оставляя невѣроятный хаосъ у остальныхъ. При участіи духовныхъ лицъ различныхъ исповѣданій, не трудно было бы выработать подробныя и ясныя правила по этому отдѣлу. Подробности объ этомъ были бы здѣсь неумѣстны.

5) При всѣхъ этихъ редакціонныхъ и матеріальныхъ измѣненіяхъ, имѣющихъ задачею возможную секуляризацію брачнаго права, слѣдуетъ исходить изъ той мысли, что разъ перенесенныя въ гражданскій законъ постановленія, каково бы ни было ихъ происхожденіе, перестаютъ быть церковными и получаютъ характеръ гражданскихъ правилъ, безусловно обязательныхъ для всѣхъ, въ качествѣ государственныхъ законовъ. Только такимъ образомъ исчезнетъ то смѣшеніе права съ моралью и религіей, которое на практикѣ ведетъ къ административному произволу („въ брацѣхъ не токмо повелѣнная, но и благолѣпная взыскуемъ"). Законъ сдѣлалъ уже этотъ шагъ относительно важнѣйшихъ нарушеній семейнаго права: многоженство, кровосмѣшеніе, прелюбодѣяніе и т. п. сдѣлались вполнѣ достояніемъ свѣтскаго законодательства; послѣдовательное примѣненіе этого начала необходимо для всего семейнаго права, съ цѣлію придать ему характеръ дѣйствительнаго *права*.

Этими краткими замѣчаніями мы ограничимся здѣсь относительно того, что, по нашему мнѣнію, ближайшимъ образомъ необходимо для реформы русскаго семейнаго права въ виду предполагаемаго преобразованія духовнаго суда. Какъ читатель видитъ, тутъ нѣтъ рѣчи о введеніи гражданскаго брака, что, по мнѣнію нашего автора, есть ceterum censeo нашей статьи о духовномъ судѣ. Не отрицая нисколько того, что гражданскій бракъ, въ нашихъ глазахъ, есть единственная, вполнѣ удовлетворительная форма организаціи семьи въ цивилизованной странѣ, и признавая возмость легко опровергнуть всѣ доводы г. Побѣдоносцева и нашего автора по этому предмету, думаемъ однакожъ, что при теперешнихъ условіяхъ нельзя и помышлять о введеніи у насъ гражданскаго брака, какъ общаго порядка (въ видѣ изъятія его предполагается ввести для раскольниковъ; но такимъ же

образомъ и при совершенно такихъ же обстоятельствахъ происходило первоначальное появленіе гражданскаго брака повсемѣстно). А съ другой стороны будетъ ли или нѣтъ введенъ у насъ гражданскій бракъ, дѣйствующее семейное право нуждается въ улучшеніяхъ того рода, о которомъ мы говорили, возможныхъ не только безъ отступленія отъ современныхъ и историческихъ началъ русскаго права, но составляющихъ не болѣе какъ сознательное, систематическое ихъ осуществленіе. Многія изъ жалобъ, раздающихся и весьма основательно противъ дѣйствующаго порядка, относятся собственно не къ основному принципу его, а къ частностямъ, легко могущимъ быть устраненными безъ отступленія отъ принципа. Общество по обыкновенію относится къ этому предмету эмпирически: видя какими затрудненіями обставлены у насъ бракъ и разводъ, и какія печальныя послѣдствія бываютъ отъ этого, оно полагаетъ, что выходъ возможенъ только съ принятіемъ совершенно другаго принципа — гражданскаго брака. Задача критики заключается въ указаніи того, насколько радикальная реформа дѣйствительно неизбѣжна и насколько частныя преобразованія могутъ одни удовлетворять потребностямъ общества. Эту задачу мы имѣли въ виду въ предыдущемъ изложеніи и мы видѣли, что отчасти возстановляя древнерусскія начала, отчасти послѣдовательно примѣняя идеи дѣйствующаго права, можно поставить какъ совершеніе, такъ и расторженіе браковъ въ условія гораздо болѣе свободныя и справедливыя, чѣмъ дѣйствующія теперь. Всегда придерживаясь правила предпочитать синицу въ рукахъ журавлю въ небесахъ, мы думаемъ, что и въ данномъ случаѣ лучше имѣть въ виду ближайшую, легко осуществимую и удовлетворяющую наиболѣе настоятельнымъ нуждамъ задачу, чѣмъ носиться съ проектами такихъ радикальныхъ реформъ, скорое осуществленіе которыхъ болѣе чѣмъ сомнительно.

IV.

Разбираемая книга возлагаетъ на насъ обязанность объясниться еще по одному вопросу. Авторъ особенно негодуетъ на то, что мы прямо назвали преобладаніе въ дѣйствующемъ брачномъ правѣ церковнаго элемента „зломъ“. Иной читатель можетъ подумать, что это дѣйствительно слишкомъ сильное выраженіе,

несоотвѣтствующее дѣйствительному значенію характеризуемыхъ имъ фактовъ. Въ виду этого и для оправданія мысли о необходимости отстаиваемыхъ нами преобразованій, хотя данныя, сопоставленныя нами въ разныхъ мѣстахъ достаточно оправдываютъ нашъ взглядъ, мы въ заключеніе обратимъ вниманіе читателей еще на слѣдующее.

Говорятъ — дерево познается по своимъ плодамъ; наиболѣе правильный методъ изслѣдованія достоинствъ и недостатковъ какого-либо института заключается безспорно въ тщательномъ анализѣ всѣхъ практическихъ его послѣдствій. Вмѣсто пустой декламаціи и прикрытія громкими словами: церковь, религія, мораль и пр., какъ дѣлаетъ нашъ авторъ, мы заставимъ говорить за себя факты и если окажется, что порицаемая нами система во многихъ и весьма важныхъ случаяхъ ведетъ къ безусловно-дурнымъ результатамъ, то цѣль наша будетъ вполнѣ достигнута. Для этого остановимся на трехъ крупныхъ явленіяхъ нашего семейно-правоваго быта, прекрасно иллюстрирующихъ достоинства системы, отстаиваемой авторомъ во имя религіи и нравственности.

1) Духовная власть, имѣющая до сихъ поръ такое рѣшительное вліяніе на общую организацію семейнаго союза, естественно пользуется еще большею свободою въ формированіи семейнаго быта того класса лицъ, который вполнѣ подчиненъ ея юрисдикціи — мы говоримъ о православномъ духовенствѣ. Какіе же плоды дала церковная автономія въ этомъ отношеніи? Представляетъ ли бракъ въ духовенствѣ такой идеалъ семейнаго быта, какой мы вправѣ ожидать? Отвѣтомъ на это можетъ послужить господствовавшій до недавняго времени оффиціально обычай прикрѣпленія невѣстъ къ священническимъ мѣстамъ или превращеніе брака въ условіе порученія духовной должности. Законъ настаиваетъ на непринужденномъ согласіи брачущихся (ст. 12), какъ основномъ условіи дѣйствительности брака, а духовная администрація, несмотря на то, что сама церковь признаетъ полную свободу необходимой для брака, изъ видовъ административно-экономическихъ (желанія обезпечить семьи духовныхъ и облегчить замужство дѣвицамъ духовнаго званія), открыто провозгласило нарушеніе свободы брака, превративъ его въ хозяйственную сдѣлку. Сущность этой системы заключалась въ томъ, что желавшій получить вакантное мѣсто семинаристъ обязывался, по указанію архіерея, жениться

на дочери или родственницѣ своего предшественника и содержать его семью; при этомъ обыкновенно не обращалось никакого вниманія на склонность жениха, на разницу лѣтъ и т. под. Нерѣдки были случаи такого рода. 24 февраля 1864 г. открылось вакантное мѣсто въ губернскомъ приходѣ; отыскали въ тотъ же день семинариста, согласившагося жениться на невѣстѣ, которой никогда онъ не видѣлъ; на другой день подано было прошеніе архіерею, а чрезъ 3 дня совершено вѣнчаніе бѣднаго семинариста съ невѣстинымъ мѣстомъ. Даже въ тѣхъ случаяхъ, когда открывалось мѣсто безъ родственницъ-невѣстъ, начальство ухитрялось приплетать бракъ, какъ торговую сдѣлку: такія мѣста архіереи стали предоставлять сиротамъ-дѣвицамъ духовнаго званія, воспитанницамъ духовно-женскихъ училищъ. Семинаристъ, желающій получить мѣсто, свободное отъ наслѣдницы, обязывался архіереемъ выбрать невѣсту изъ упомянутыхъ воспитанницъ. Ему доставлялся подробный списокъ невѣстъ съ описаніемъ наружности и разныхъ качествъ и изъ нихъ онъ долженъ былъ выбирать любую [1]). Нѣкоторые епархіальные начальники доходили въ этомъ отношеніи до невѣроятнаго. Такъ бывшій до 1851 г. архіерей во Владимірѣ раздавалъ мѣста и невѣстъ слѣдующимъ образомъ: броситъ въ шапку столько мѣдныхъ грошей, сколько есть кандидатовъ на данное мѣсто, въ ихъ числѣ одинъ грошъ мѣченный, затѣмъ кандидаты вынимаютъ каждый по грошу и у кого окажется мѣченный, тотъ беретъ невѣсту и получаетъ мѣсто [2]). Система эта получила свое основаніе въ указѣ св. синода отъ 22 января 1768 г., которымъ установлено прикрѣпленіе священническихъ мѣстъ за дѣвицами-сиротами духовнаго званія [3]). Расказывать здѣсь различныя подробности было бы излишне. Вредное же вліяніе такого порядка на семейный бытъ духовенства не требуетъ разъясненія. Явно вынужденный характеръ подобныхъ браковъ нерѣдко долженъ былъ влечь за собою разстройство всей семейной жизни бѣдняка, который для полученія мѣста женился по указанію начальства. Замѣчательно однакожъ, что когда въ духовной администраціи начали раздаваться голоса противъ этой системы, которая и от-

---

[1]) См. статьи г. Никитинскаго, К. П. и С. Ш. въ газ. *День* 1864 года, №№ 19, 20, 22 и 26.

[2]) „Голосъ" 1872 г. № 168.

[3]) П. С. З. I, № 13067.

мѣнена недавно, голоса эти касались главнымъ образомъ неудобства административнаго (именно, что этотъ обычай стѣсняетъ начальство въ выборѣ священниковъ, заставляя ихъ предпочитать не болѣе достойныхъ, а желающихъ брать обязательную невѣсту); о нарушеніи же основныхъ требованій брачнаго права и о разстройствѣ семейнаго быта духовенства при этомъ забывали [1]). Такъ мало значенія имѣютъ эти обстоятельства въ глазахъ того самаго вѣдомства, которое держитъ въ своихъ рукахъ наше семейное право!

Tempi passati, скажетъ читатель. Въ настоящее время такое безцеремонное вторженіе начальства въ свободу брака своихъ подчиненныхъ болѣе невозможно, такъ рѣшительно запрещено оно новыми узаконеніями о замѣщеніи священно-служительскихъ мѣстъ. Это не болѣе какъ иллюзія, читатель. Въ 1872 году еще были въ Рязани три случая замѣщенія священническихъ мѣстъ съ условіемъ „взять за себя указанныя невѣсты" [2]). Вотъ фактъ, указанный такъ обстоятельно, что сомнѣваться въ его дѣйствительности нѣтъ никакой возможности. Но спрашивается, въ чемъ же заключается тотъ „возвышенный" характеръ брака съ церковной точки зрѣнія, въ противоположность „самой пошлой" точкѣ зрѣнія юристовъ, какъ выражается нашъ авторъ, когда даже свобода соглашенія брачущихся считается чѣмъ-то несущественнымъ?

Нашъ авторъ негодуетъ на всякаго, кто осмѣлится указать на присутствіе юридическаго и хозяйственнаго элемента въ бракѣ, а само духовное начальство „у себя дома" открыто превращаетъ бракъ въ условіе для полученія доходнаго мѣста. Кассаціонный сенатъ въ своемъ рвеніи охранять каноническія начала объявляетъ сватовство юридически ничтожнымъ дѣйствіемъ, несоотвѣтственнымъ церковному характеру брака, а духовная администрація держитъ списки невѣстъ съ описаніемъ ихъ качествъ и даваемыхъ за ними мѣстъ, посылаетъ жениховъ „объѣзжать невѣстъ" и пр., словомъ занимается настоящимъ сватовствомъ. Между тѣмъ нашъ авторъ толкуетъ, что свѣтскіе суды не могутъ такъ отстаиватъ достоинство брачнаго союза, какъ духовные! Въ

---

[1]) Отчетъ Оберъ-Прок. Св. Син. за 1861 г. стр. 30.

[2]) „Голосъ" 1872 г. № 54.

Въ этомъ безподобномъ хаосѣ ясно для насъ только одно: высокія слова далеко не всегда соотвѣтствуютъ возвышеннымъ дѣламъ.

2) Государство, какъ мы выше замѣтили, сильно заинтересовано въ возможномъ облегченіи и распространеніи браковъ въ народѣ. Церковь, какъ представительница нравственныхъ интересовъ, должна бы дѣйствовать всегда въ томъ же духѣ, ибо семья, построенная на законномъ бракѣ, есть необходимое условіе моральнаго усовершенствованія человѣка. Но опытъ исторіи показываетъ, что духовенство, преслѣдуя узкіе и исключительные догматическіе интересы, часто является враждебнымъ браку и морали тамъ, гдѣ народъ или часть его додумается до другихъ религіозныхъ убѣжденій и начнетъ облекать свои браки въ иную форму, чѣмъ требуемая господствующею церковью. Такъ, во Франціи, до самаго 1789 года, католическое духовенство не переставало настаивать на признаніи браковъ гугенотовъ недѣйствительными и дѣтей ихъ незаконными [1]). Законъ былъ на сторонѣ воинственной церкви (ecclesia militans), но протестанты въ глубинѣ лѣсовъ вѣнчали свои браки по своему обряду (mariages de désert) и въ 1752 г. такихъ браковъ, оффиціально недѣйствительныхъ, считали 150,000 [2]). Такимъ же образомъ относилось наше духовенство къ бракамъ раскольниковъ. Первоначально послѣдніе сами отвергали возможность для нихъ брачнаго состоянія, въ виду отсутствія правильнаго священства, необходимаго для вѣнчанія. „Дѣвство" провозглашено было необходимымъ для всѣхъ приверженцевъ старой вѣры. Но дѣвство это выродилось разумѣется, въ страшный развратъ, формальное оправданіе дѣтоубійства и т. п. Здравый смыслъ народа одержалъ однакожъ верхъ надъ этимъ антисоціальнымъ направленіемъ раскольничьей жизни. Явились такъ-называемые сводные браки, которыми раскольники старались удовлетворять естественной потребности въ правильной семейной организаціи. Еслибъ правительство относилось безпристрастно къ быту раскольниковъ, еслибы оно позволило имъ, напр., вѣнчаться по православному обряду безъ стѣсненій, старообрядцы остались бы безъ сомнѣнія при идеѣ церковнаго брака, унаслѣдованной отъ старины. Но подъ вліяніемъ нетерпимости духовенство не поощряло, а преслѣдовало брачную жизнь у раскольниковъ. Въ

---

[1]) Tucco, le Mariage etc. Introd., p. X.

[2]) Geschichte der Civilehe v. Friedberg, S. 24.

борьбѣ бракоборцевъ съ новоженами государство стало на сторону опаснаго антиобщественнаго элемента — бракоборства, всячески преслѣдуя здоровое стремленіе новоженства. Результатомъ этого было то, что лишенные всякой возможности добиться церковнаго брака согласно своимъ убѣжденіямъ раскольники додумались до гражданскаго брака. Павелъ Любопытный училъ, что „вѣнчаніе есть не болѣе какъ блестящій церемоніалъ, изъ политики установленный для великолѣпія пышности, а не ради оформированія брачнаго существа". Мнѣніе о необходимости вѣнчанія, по его словамъ, есть „предразсудокъ и суевѣріе", „существо тайны брака есть брачущихся вѣчный обѣтъ, а не чинъ вѣнчанія или иныя разительности онаго". Извѣстный инокъ Павелъ Прусскій, принадлежавшій прежде къ бракоборцамъ, убѣдился изъ св. писанія, что бракъ есть учрежденіе законное и что онъ можетъ быть совершаемъ и безъ вѣнчанія, если имѣется взаимное согласіе, благословеніе родителей и обѣтъ неизмѣнной вѣрности [1]). И теперь правительство, которое прежде объявляло, что сводные браки поселяютъ развратъ и незаконную жизнь и посему свидѣтели должны быть строго наказываемы (указъ 28 ноября 1837 г.), вынуждено само сдѣлать уступку раскольничьему быту и ввести для нихъ гражданскій бракъ. Выходитъ, что излишнее рвеніе духовнаго начальства къ господству въ области семейнаго права приводитъ къ противоположному результату—къ сознанію необходимости отдѣлить гражданскую сторону отъ религіозной въ бракѣ. Во Франціи упомянутыя стремленія католицизма привели къ установленію обязательнаго для всѣхъ гражданскаго брака. У насъ, какъ и въ другихъ странахъ, кромѣ Франціи, подобныя же явленія вызвали необходимость гражданской формы заключенія брака для части населенія, поставленной въ исключительныя вѣроисповѣдныя условія. Такимъ образомъ исторія сама произноситъ свой нелицепріятный судъ надъ принципомъ узко-церковнаго догматизма въ семейномъ правѣ. Какъ бы то ни было, мы видимъ, что отстаиваемая нашимъ авторомъ система въ примѣненіи къ вопросу о раскольникахъ дала результаты весьма плохіе съ точки зрѣнія самой религіи и общественной нравственности.

3) Главная задача всякаго законодательства по семейному

---

[1]) Христіанское чтеніе за 1871 г.; кн. 4, 705 и кн. 12, 881.

праву должна заключаться безъ сомнѣнія въ томъ, чтобъ давать возможно болѣе защиты слабому противъ угнетенія его сильнымъ, охранять женъ отъ жестокости мужей и дѣтей отъ родителей. Мы видимъ дѣйствительно, что въ средніе вѣка католическая церковь и у насъ въ старину духовенство принимали подъ свою охрану слабыхъ членовъ семьи, исходя изъ правильнаго воззрѣнія на задачу семейнаго законодательства и церковнаго права. Но что представляетъ въ этомъ отношеніи современное право наше, вдохновляемое исключительно церковнымъ воззрѣніемъ на бракъ? Къ сожалѣнію надобно признаться, что положеніе русской женщины съ точки зрѣнія самого закона (ибо мы остаемся на точкѣ зрѣнія юридической, а не бытовой) крайне жалкое и почти вовсе негарантированное отъ самаго дикаго произвола главы семьи. Какъ дочь, она находится въ безусловной зависимости отъ родителей и особенно отца въ отношеніи, напр., выхода замужъ. Законъ просто говоритъ, что запрещается вступать въ бракъ безъ согласія родителей и что нарушившіе это запрещеніе могутъ быть лишены родителями права наслѣдованія. Какъ бы явно ни злоупотреблялъ отецъ изъ эгоистическихъ видовъ своимъ правомъ отказывать въ согласіи на бракъ дочери, законъ не даетъ послѣдней никакой защиты. Между тѣмъ каноническое право греческой церкви содержитъ по этому предмету слѣдующія весьма справедливыя правила. Въ случаѣ неосновательнаго отказа отца или опекуна въ согласіи на бракъ допускается жалоба суду, который можетъ дать нужное разрѣшеніе. Если родители безъ законныхъ причинъ не заботятся о бракѣ дѣтей, то признается въ силѣ бракъ, заключенный послѣдними, безъ согласія родителей. Не требуется, чтобы разрѣшеніе родителей выразилось положительно въ извѣстной формѣ. Довольно того, если родители знали о бракѣ и не препятствовали ему. Согласіе отца вовсе не требуется въ случаѣ его безумія, безвѣстнаго отсутствія или плѣненія [1]). Подобныя правила находятся во всѣхъ западно-европейскихъ кодексахъ. Подъ вліяніемъ европейскаго права (чрезъ литовскій статутъ) такое постановленіе вошло въ сводъ, въ видѣ изъятія, для губерній черниговской и полтавской (ст. 7, з. гр.). Но не странно ли, что, отстаивая всѣми силами самостоятельность церковнаго права о бракѣ, наша духовная админи-

[1]) Цисманъ, стр. 623, 624, 628.

страція здѣсь, какъ и въ ученіи о разводѣ, о личныхъ отношеніяхъ супруговъ, о судьбѣ незаконнорожденныхъ и пр., оставляетъ въ сторонѣ всѣ разумныя правила каноническаго права, заботясь исключительно объ одной обрядово-догматической сторонѣ предмета.

Юридическое положеніе русской женщины, какъ супруги, еще болѣе беззащитно. Невозможность развода въ такихъ случаяхъ, когда существованіе брака de facto сдѣлалось немыслимымъ, есть главный корень зла. Замѣчено, что у татаръ положеніе женщинъ гораздо лучше, чѣмъ у русскихъ. Тамъ мулла принимаетъ на себя защиту женъ отъ мужей и калымъ (опредѣленная сумма, которую при разводѣ мужъ долженъ дать женѣ) обезпечиваетъ разведенныхъ женщинъ [1]). Тоже подтверждается другимъ писателемъ. У татаръ, говоритъ онъ, случаи жестокаго обращенія мужей съ женами такъ же рѣдки, какъ у насъ они обыкновенны, и парализуются у нихъ возможностью развода [2]). И это несмотря на то, что понятіе татаръ о бракѣ далеко не такое возвышенное, какъ провозглашаемое нашимъ сводомъ, и приближается къ „пошлому" воззрѣнію на бракъ, какъ на гражданскій договоръ. Вдаваться здѣсь въ подробности по вопросу о юридическомъ положеніи женщины у насъ, значило бы выходить за предѣлы нашей задачи. Мы имѣли въ виду доказать, что дѣйствующее церковно-брачное право оказывается, по повѣркѣ, несостоятельнымъ на всѣхъ главныхъ пунктахъ семейнаго законодательства. Вправѣ ли мы были сдѣлать такой выводъ изъ разсмотрѣнныхъ фактовъ—объ этомъ пусть судятъ читатели.

IV.

Предполагаемая реформа церковнаго суда, вып. 2-й, Спб. 1873 г.

Проектъ закона о преобразованіи духовнаго суда и измѣненіи предѣловъ вѣдомства его въ дѣлахъ смѣшанной, церковно-гражданской подсудности до сихъ поръ не получилъ законодательнаго разрѣшенія. По свѣдѣніямъ, сообщаемымъ газетами, проектъ встрѣтилъ сильное противодѣйствіе со стороны духовныхъ консисторій и еще болѣе со стороны представителей епархіальной власти, что не можетъ никого удивить, въ виду того, что проектъ предлагаетъ организовать духовный судъ, по возможности, независимый отъ вліянія епархіальной власти и вмѣстѣ съ тѣмъ пере-

[1]) Флеровскій, положеніе рабочаго класса въ Россіи, стр. 141.

[2]) Вѣстникъ Европы, 1872 г., кн. 2, стр. 623, 4.

дать свѣтскому суду нѣкоторыя категоріи брачныхъ дѣлъ, до сихъ поръ подлежащія вѣдѣнію суда церковнаго. Не довольствуясь этимъ административнымъ противодѣйствіемъ, защитники status quo стараются распространять свои идеи и путемъ печати. Съ этой цѣлью, не говоря уже о статьяхъ въ нѣкоторыхъ духовныхъ журналахъ, г. Елагинъ предпринялъ изданіе сборника трактатовъ „О предполагаемой реформѣ церковнаго суда". Первый выпускъ этого изданія былъ уже нами разсмотрѣнъ [1]) и мы видѣли, какъ несостоятельна, отъ начала до конца, аргументація противниковъ реформы въ церковномъ судѣ вообще и, въ частности, въ юрисдикціи его по дѣламъ брачнымъ. Второй выпускъ наполненъ разсужденіями почти исключительно богословскаго характера, относительно которыхъ мы не будемъ спорить съ авторомъ. Признаться, мы не понимаемъ цѣли и смысла такихъ скучныхъ и нисколько не убѣдительныхъ трактатовъ богословскаго содержанія, какими угощаютъ насъ въ особенности статьи „Голоса" и „Биржевыхъ Вѣдомостей" о преобразованіи духовнаго суда. Свѣтская печать, по нашему мнѣнію, можетъ относиться къ этому предмету лишь съ точки зрѣнія историко-юридической и государственной, а не теологической. Продолжительные и жаркіе споры о реформѣ на почвѣ богословской сами по себѣ доказываютъ неясность вопроса, поставленнаго такимъ образомъ и невозможность удовлетворительнаго его разрѣшенія при помощи цитатъ изъ церковныхъ источниковъ. Другое дѣло точка зрѣнія историко-юридическая, которую мы предлагаемъ для изслѣдованія этого предмета. Организація русской церкви вообще и, въ частности, церковной юрисдикціи по извѣстнымъ категоріямъ дѣлъ существуетъ не со вчерашняго дня; многовѣковой опытъ долженъ дать достаточный матеріалъ для оцѣнки достоинствъ и недостатковъ существующей системы церковнаго суда и регулированія брачнаго права по началамъ церковнаго права въ томъ видѣ, какъ эти начала примѣнялись у насъ. Этотъ матеріалъ можетъ дать единственно вѣрный масштабъ и для опредѣленія направленія необходимыхъ у насъ реформъ въ этой области. Съ этой точки зрѣнія мы намѣрены представить здѣсь нѣсколько дополнительныхъ къ прежнимъ статьямъ замѣчаній по поводу второго выпуска изданія г. Елагина. Къ сожалѣнію, господство канцелярской тайны въ

---

[1]) См. Журн. Гр. и Уг. Права за 1873 г., кн. 6,

дѣлопроизводствѣ духовнаго вѣдомства и недостатокъ печатныхъ матеріаловъ ставятъ здѣсь изслѣдователя въ крайне затруднительное положеніе. Свѣдѣнія, сюда относящіяся, имѣютъ поэтому обыкновенно, отрывочный характеръ, вслѣдствіе чего выводы не достигаютъ той степени убѣдительности, которую легко можно было бы придать имъ при болѣе обширномъ запасѣ матеріаловъ; но и въ этомъ видѣ данныхъ свѣдѣній достаточно для пониманія традиціоннаго духа нашего церковнаго законодательства и суда, преимущественно по дѣламъ брачнымъ, а слѣдовательно и для уясненія себѣ необходимости и вмѣстѣ съ тѣмъ полной возможности существенныхъ преобразованій въ этомъ важномъ отдѣлѣ русскаго права. Не повторяя сказаннаго уже въ другихъ мѣстахъ, сгруппируемъ нѣсколько соображеній, непосредственно основанныхъ на достовѣрныхъ данныхъ, представляемыхъ какъ исторіей, такъ и современной практикой нашего правоваго быта.

---

1) Г. Елагинъ утверждаетъ много разъ, что идея порученія судебной власти епископомъ другимъ лицамъ (идея, на которой основывается отчасти проектъ передачи брачныхъ и другихъ судебныхъ дѣлъ отъ архіереевъ особымъ судамъ) противорѣчитъ устройству русской церкви и потому не можетъ быть допущена. Тезисъ этотъ положительно опровергается источниками, свидѣтельствующими о томъ, что начало делегаціи епископомъ судебной своей власти другимъ лицамъ, не только духовнаго, но и свѣтскаго званія, имѣло широкое примѣненіе у насъ еще въ допетровское время. Есть доказательства того, что судъ надъ мірянами, по обвиненіямъ въ нарушеніи христіанскаго образа жизни (напр. по дѣламъ о прелюбодѣяніи), производили не духовныя лица, а митрополичьи бояре и боярскія дѣти. Десятинники епископовъ (т. е. особо назначенные ими чиновники свѣтскаго званія) судили мірянъ, по порученію епископовъ, въ дѣлахъ по ряднымъ записямъ и духовнымъ завѣщаніямъ, подлежавшимъ тогда суду церкви; они же судили и духовныхъ лицъ по этимъ же дѣламъ, равно какъ и по уголовнымъ (о бояхъ, и грабежахъ [1]). И въ виду такихъ фактовъ, нашъ авторъ утверждаетъ, что передача брачныхъ дѣлъ, до нѣкоторой степени, въ вѣдѣніе общихъ судовъ

[1]) Дмитріевъ, Исторія судебныхъ инстанцій, стр. 107 и 466.

немыслима въ русской церкви! Никто не станетъ обвинять древнюю Россію въ неуваженіи къ законамъ церкви, и если тогда гражданскіе чины духовнаго вѣдомства (если можно такъ выразиться) производили судъ надъ міряпами по дѣламъ, подвѣдомымъ суду церкви, то непостижимо, почему это невозможно въ настоящее время? Надо имѣть въ виду при этомъ слѣдующее. Суду церкви подлежали тогда и дѣла чисто гражданскаго свойства, если въ нихъ замѣшаны были или лица духовнаго званія или крестьяне духовнаго вѣдомства. Еслибъ производство суда, только по этого рода дѣламъ было поручаемо епископами свѣтскимъ лицамъ, то мы не могли бы извлечь изъ этого факта никакого поученія для занимающаго насъ вопроса. Но мы видимъ, что эта делегація примѣнялась къ дѣламъ *по нарушенію христіанскаго образа жизни*, т. е. составляющимъ предметъ вѣдѣнія каноническаго суда въ тѣсномъ смыслѣ, а митрополичьи бояре и десятинники, безъ сомнѣнія, ничѣмъ не лучше нашихъ теперешнихъ свѣтскихъ судей, въ качествѣ блюстителей каноническаго права въ дѣлахъ семейныхъ. Такимъ образомъ, какъ 1) принципъ делегаціи судебной власти епископа вообще, такъ и 2) передача брачныхъ дѣлъ вѣдѣнію свѣтскихъ судовъ находятъ полную аналогію въ практикѣ древне-русскаго права, что для насъ гораздо убѣдительнѣе, чѣмъ разглагольствованія г. Елагина и богословскія хитросплетенія.

2) Нашъ авторъ энергически настаиваетъ на невозможности измѣнить въ чемъ-либо размѣры и характеръ судебной власти епископовъ. „Судебная власть въ церкви, вообще, дана Спасителемъ апостоламъ и ихъ преемникамъ, епископамъ.... Кажется, это достаточный и добрый признакъ *неизмѣняемости* ея (стр. 423)". Устраняя себя и здѣсь отъ теологическихъ споровъ, обратимся къ опыту исторіи и увидимъ, что идеальное начало неизмѣняемости церковной юрисдикціи, какъ отстаиваетъ его авторъ, никогда не осуществлялось въ дѣйствительности. Возьмемъ напр., тотъ родъ дѣлъ, который возбуждаетъ наиболѣе споровъ при предполагаемой реформѣ, именно дѣла бракоразводныя. Въ ближайшее къ намъ время мы можемъ указать на весьма существенное ограниченіе судебной власти епископовъ по дѣламъ этой категоріи. До 1805 г. разводы совершались по рѣшеніямъ каждаго епископа въ предѣлахъ его епархіи. По указомъ этого года постановлено, что всѣ бракоразводныя дѣла должны восходить на разсмотрѣніе св.

синода и могутъ быть окончательно рѣшены только имъ. Мотивъ указанъ тотъ, что бывали злоупотребленія разводами въ судѣ епископовъ и это отзывалось особенно вредно при вторичныхъ бракахъ, которые подвергались потомъ оспариванію, вслѣдствіе сомнѣній въ законности расторженія первыхъ браковъ [1]). Тутъ представляется намъ не только существенное ограниченіе судебной власти епископовъ, но притомъ еще ограниченіе, установленное гражданскимъ закономъ вслѣдствіе соображеній обыкновенной законодательной политики, а не каноническаго свойства.

Вообще же, вся исторія русскаго семейственнаго права представляетъ рядъ существенныхъ измѣненій въ предѣлахъ вѣдомства церковнаго суда. Достаточно припомнить, что въ допетровской Россіи церковь судила множество гражданскихъ дѣлъ, сопряженныхъ съ семейнымъ союзомъ (по ряднымъ, духовнымъ, по спорамъ о совмѣстной жизни, объ отказѣ отъ вступленія въ бракъ и пр.), и что Петръ Великій произвелъ въ этомъ отношеніи преобразованія, быть можетъ, самыя радикальныя изъ всѣхъ. имъ совершенныхъ, въ устройствѣ нашего общественнаго быта [2]).

Чтобъ составить себѣ понятіе о томъ, въ какой степени измѣнился объемъ духовной юрисдикціи надъ мірянами, достаточно заглянуть въ соборное опредѣленіе 1667 г. о предметахъ вѣдомства церковнаго суда и сравнить съ нимъ дѣйствующее право. Тамъ къ духовной юрисдикціи отнесены: споры между родителями и дѣтьми, споры между супругами, дѣла о прелюбодѣяніи и изнасилованіи, о незаконнорожденныхъ, о бракахъ въ незаконномъ родствѣ и безъ дозволенія родителей, о разводахъ, о „сынотвореніи (усыновленіи) и братотвореніи", о наслѣдственныхъ правахъ усыновленныхъ, о душеприкащикахъ, которые женятся на вдовахъ лицъ, назначившихъ ихъ душеприкащиками (!), о бракахъ бѣглыхъ крѣпостныхъ людей и пр. [3]) Почти всѣ эти дѣла подлежатъ теперь исключительному вѣдѣнію свѣтскаго суда, а нѣкоторыя и вовсе исчезли изъ разряда судебныхъ дѣлъ (какъ запрещеніе душеприкащикамъ вступать въ бракъ съ порученными ихъ попеченію вдовами). Сравнительно съ этимъ съуженіемъ духовной юрисдикціи, дальнѣйшія преобразованія въ этомъ духѣ, предлагаемыя проектомъ комитета, представляются весьма. незна-

[1]) Неволинъ, Ист. росс. гр. зак., I, § 105.

[2]) Дмитріевъ id. стр. 460.

[3]) А. а. эксп., т. IV, № 155.

чительными. Несмотря на это, нашъ авторъ, благоразумно игнорирующій данныя русской исторіи, утверждаетъ, что проектъ вводитъ (какъ нѣчто новое!) противоцерковный и вредный принципъ секуляризаціи брачныхъ дѣлъ, во всей православной церкви, всегда признававшей бракъ таинствомъ, подлежащихъ церковному суду (стр. 444). Можно судить по вышесказанному, насколько обвиненіе это основательно.

3) „Въ православной церкви", говоритъ нашъ авторъ (стр. 414), „никогда и ни въ какомъ случаѣ пресвитеръ не можетъ быть независимъ отъ своего епископа. Изъ этого онъ выводитъ невозможность поручить самостоятельной власти судей-священниковъ дѣла, подлежащія теперь вѣдѣнію консисторій и архіереевъ". Но возьмемъ въ руки исторію и увидимъ, что и здѣсь голословные тезисы автора противорѣчатъ фактамъ. Источники положительно доказываютъ, что въ древней Россіи не существовало правила о томъ, что разводъ можетъ быть совершаемъ только епископомъ. Напротивъ, по всему видно, что всѣ духовныя лица пользовались этимъ правомъ въ значительныхъ размѣрахъ. Такъ, по свидѣтельству Юрія Крижанича, еще въ срединѣ XVII вѣка скитавшіяся тогда по Россіи духовныя лица изъ инородцевъ (греки) за деньги разлучали браки и дозволяли мѣнять женъ по 5, 6 разъ, отсылая прежнихъ женъ въ монастырь [1]). До насъ дошли акты слѣдующаго рода. Супруги разводятся по взаимному согласію и договору, причемъ жена объявляетъ, что она добровольно, по болѣзни, а не по принужденію мужа, разводится съ нимъ и уходитъ въ монастырь, приданое свое получила и претензій никакихъ къ мужу не имѣетъ. Акты эти совершены съ участіемъ духовныхъ лицъ (а не по опредѣленію или разрѣшенію епископа, которое и не могло послѣдовать для добровольныхъ разводовъ [2]). Изъ другого источника, указаннаго нами въ другомъ мѣстѣ, видно, что подобные же акты съ участіемъ духовныхъ лицъ совершались и въ XVIII вѣкѣ и только въ то время священникамъ запрещено было синодомъ писать распутныя письма. Въ древней же Россіи подобнаго запрещенія не существовало. Значитъ, вопреки категорическимъ увѣреніямъ автора, церковь признавала возможность независимаго отъ архіерейской власти сужденія пресвитеровъ по важнѣйшимъ изъ семейныхъ дѣлъ—бракоразводнымъ

[1]) Русское государство въ половинѣ XVII вѣка, 16, 5.

[2]) А. Юр. № 404.

Съ другой стороны, если возьмемъ дѣла о совершеніи браковъ, то найдемъ слѣдующее. Въ древней Россіи относительно этихъ дѣлъ дѣйствительно осуществленъ былъ тезисъ нашего автора о необходимости полнаго подчиненія пресвитеровъ епископу: ни одинъ бракъ не могъ быть совершенъ священникомъ безъ вѣнечной памяти, которая давалась епископомъ и имѣла смыслъ разрѣшенія вѣнчать данныхъ лицъ (Мотивъ этого правила увидимъ ниже). Но не говоря уже о томъ, что это правило вызвано было вовсе не каноническими, а финансовыми соображеніями (см. ниже), оно отмѣнено было въ 1765 г. Съ тѣхъ поръ совершеніе браковъ предоставлено непосредственному вѣдѣнію священниковъ. Правда, въ сомнительныхъ случаяхъ священникъ и теперь обязанъ обращаться къ разрѣшенію архіерея. Въ другомъ мѣстѣ мы представили нѣкоторыя свѣдѣнія по этому предмету и здѣсь можемъ указать еще слѣдующіе факты. Въ архангельской губерніи прежде не совершали браковъ безъ разрѣшенія епархіальнаго начальства, если невѣста старше жениха двумя или тремя годами; теперь этого правила болѣе не существуетъ [1]). Въ екатеринославской епархіи священники не вѣнчаютъ вдовыхъ (послѣ перваго или второго брака—неизвѣстно) безъ разрѣшенія архіерея [2]). А въ самарской епархіи, для вступленія въ 3-й бракъ, необходимо разрѣшеніе архіерея [3]). Это послѣднее правило, какъ мы видѣли прежде [4]), отмѣнено въ петербургской епархіи въ 1872 году, какъ не основанное ни на какомъ законѣ, но отмѣнено ли оно и по другимъ епархіямъ—неизвѣстно. Изъ этихъ данныхъ, въ связи съ тѣми, которыя были представлены нами по этому предмету прежде, видно: 1) что сама духовная власть признаетъ неоснованнымъ ни на какомъ законѣ (стало быть и церковномъ) обычай обращаться къ архіерею за разрѣшеніемъ такихъ возникающихъ при совершеніи браковъ вопросовъ, которые разрѣшены самимъ закономъ и не поставлены имъ въ зависимость отъ усмотрѣнія епархіальной власти, и 2) что правило это (объ испрашиваніи каждый разъ архіерейскаго разрѣшенія на вопросы при вѣнчаніи) находится въ постоянномъ и непрерывнымъ ослабленіи и уменьшеніи числа случаевъ его примѣненія. А такъ какъ цер-

---

[1]) Ефименко, Сборникъ народн. юрид. обыч. арханг. губ., стр. 27.
[2]) Труды коммиссіи о преобраз. волостн. судовъ, т. V, стр. 468.
[3]) Тамъ же, т. VI, стр. 197.
[4]) Журн. Гр. и Торг. Права за 1872 г., кн. 4, стр. 624.

ковная юрисдикція по дѣламъ о совершеніи и расторженіи браковъ вытекаетъ изъ одного основанія и имѣетъ одинаковый характеръ, то указанное явленіе, очевидно, опровергаетъ тезисъ нашего автора о невозможности сдѣлать независимымъ пресвитера отъ архіереевъ въ дѣлахъ, подвѣдомыхъ церковной юрисдикціи.

Любопытно, что эта тенденція ставить священниковъ въ возможно большую зависимость отъ епископовъ по брачнымъ дѣламъ находитъ себѣ аналогію въ стремленіяхъ католической церкви, извѣстной своей строгой іерархической организаціей. Въ новое время римская курія нигдѣ не имѣла такого успѣха въ своихъ стремленіяхъ, какъ въ Австріи, въ періодъ господства знаменитаго конкордата (1856—1868 г.), но и тогда подчиненность священниковъ епископамъ въ дѣлахъ о совершеніи браковъ едва ли достигала такихъ размѣровъ. въ какихъ она существуетъ до сихъ поръ у насъ. Законъ (церковный) довольно точно опредѣлялъ тогда, въ какихъ случаяхъ священники обязаны обращаться къ епископамъ при сомнѣніяхъ о возможности совершать бракъ, и случаи эти дѣйствительно такого рода, что требуютъ серьезнаго разбора (напр. браки иностранцевъ, причемъ нужно было принимать во вниманіе законы ихъ отечества, браки лицъ, неимѣющихъ подлежащихъ документовъ о личности или неимѣющихъ опредѣленнаго мѣста жительства, консолидированіе браковъ, заключенныхъ австрійцами въ другомъ государствѣ). Правда, было предписано, что вообще, въ случаѣ сомнѣнія и затрудненій, священникъ испрашиваетъ разрѣшенія епископа, но изъ сравненія указанныхъ выше случаевъ и вообще изъ содержанія всего закона видно, что сюда относимы были случаи дѣйствительно спорнаго характера, не такъ какъ у насъ [1]). Каковы были достоинства конкордата и основаннаго на немъ законодательства — извѣстно всѣмъ, а наши мудрецы стараются увѣрить насъ, что принципы и идеи вездѣ признанные въ высшей степени вредными, должны существовать у насъ во вѣки вѣковъ, вѣроятно, на основаніи безсмысленнаго начала: что русскому здорово, то нѣмцу смерть! Не странно ли, въ самомъ дѣлѣ, что наша церковная практика идетъ въ дѣлѣ церковной централизаціи (безъ основаній въ законѣ, какъ она сама признаетъ) далѣе римской куріи съ ея безграничными честолюбивыми претензіями?

---

[1]) 2-е прилож. къ патенту 8-го октября 1856 г. (Anweisung für die geistlichen Gerichte etc.) §§ 70, 71, 73 и 78.

Какъ бы то ни было, важно то, что начало децентрализаціи въ дѣлахъ о совершеніи и расторженіи браковъ, съ одной стороны, было извѣстно еще въ древней Россіи въ значительныхъ размѣрахъ, а съ другой — постепенно проникаетъ въ дѣйствующее право; слѣдовательно, тезисъ нашаго автора не имѣетъ никакого значенія.

4) Слѣдуетъ ли сожалѣть о томъ, что юрисдикція духовныхъ судовъ постоянно сокращалась и продолжаетъ съуживаться и въ настоящее время? Исторія даетъ намъ краснорѣчивый отвѣтъ на этотъ вопросъ, первостепенной важности, для предполагаемой реформы. Источники свидѣтельствуютъ о томъ, что право церковнаго суда надъ міряпами всегда служило источникомъ страшныхъ злоупотребленій для лицъ, которымъ духовная власть ввѣряла судъ и расправу. Такъ, подъ предлогомъ преслѣдованія нехристіанской жизни митрополичьи бояре звѣрски поступали съ женщинами, которыхъ привлекали къ суду [1]). До насъ дошла, напр., жалоба одного крестьянина на то, что попъ „сказывалъ на него духовное дѣло", по обвиненію его дочери въ блудной жизни, за что посадилъ его *на цѣпь*, таскалъ и убыточилъ напрасно, не производя даже дознанія и не указывая, кто далъ извѣтъ по упомянутому обвиненію [2]). Но, помимо злоупотребленій, сами наказанія за преступленія семейнаго союза были весьма суровы. Напр., за сожитіе съ двоюродными сестрами виновный отправленъ въ монастырь, закованъ въ желѣзо; предписано было заставлять его дѣлать всѣ тяжелыя, черныя работы, а пищи (кромѣ хлѣба) давать ему лишь половинную долю противъ монаховъ [3]). Подобный характеръ дѣятельности духовныхъ властей относительно частныхъ лицъ неисчерпывается одними дѣлами семейнаго быта, а относится вообще къ дѣламъ о нарушеніи христіанской жизни. Есть свидѣтельства о томъ, что еще въ XVIII вѣкѣ органы духовнаго начальства совершали всевозможныя насилія надъ частными лицами, въ видахъ пріобрѣтенія имущественныхъ выгодъ, духовныя лица не гнушались и убійствами въ подобныхъ случаяхъ [4]). Такимъ образомъ, духовная юрисдикція не вносила по-

---

[1]) Дмитріевъ, Исторія судебныхъ инстанцій, стр. 466.

[2]) Шуйскіе акты, собр. Борисовымъ (Чт. моск. общ. ист. и др.. 1860 г. кн. 3) стр. 24.

[3]) А. А. Э., т. III, № 177.

[4]) Сборникъ матер. для истор. топографіи Кіева. 1874, отд. 2, стр. 131—151.

чти никакихъ гуманитарныхъ началъ въ древнерусскую жизнь, но сама подчинялась общему духу того времени и усвоила себѣ жестокіе нравы свѣтской администраціи и суда. Постепенное ограниченіе этой юрисдикціи представляется, поэтому, несомнѣннымъ прогрессомъ въ дѣлѣ улучшенія судебнаго и вообще правоваго строя.

5) Чтобъ понять суть вопроса о духовно-судебной реформѣ, необходимо уяснить себѣ традиціонный характеръ церковнаго судебно-административнаго строя у насъ, его жизненный нервъ и руководящее начало. Данныя, которыя представляютъ въ этомъ отношеніи, источники приводятъ къ слѣдующему выводу. Вообще, въ древней Россіи свѣтская власть смотрѣла на судъ и администрацію не съ той точки зрѣнія, которая свойственна современному, такъ называемому правовому, или даже полицейскому государству (Rechtsstaat, Polizeistaat), т. е. какъ на обязанность государства охранять общественное спокойствіе и благосостояніе съ одной стороны и права частныхъ лицъ, съ другой. Самые слабые зародыши этой идеи и то въ безсознательномъ состояніи, конечно, существовали и въ древней Руси, но настоящимъ стимуломъ правительственной дѣятельности былъ спеціальный интересъ самаго князя или государя, интересъ „государевой казны“ въ тѣсномъ смыслѣ. Судъ и администрація разсматривались, поэтому лишь, съ точки зрѣнія выгодъ, которыя ими доставлялись не обществу или отдѣльнымъ его членамъ, а самому правительству, позднѣе государству, понимаемому, однакожъ, не въ современномъ смыслѣ. Доказывать этотъ тезисъ здѣсь было бы неумѣстно и невозможно, но съ вѣрностью его согласится всякій, знакомый сколько-нибудь съ исторіей русскаго права. Остановимся только на томъ, что духовная власть, какъ часть государственнаго организма, вполнѣ усвоила себѣ этотъ его общій характеръ въ предѣлахъ своей дѣятельности. Функціонируя рядомъ съ свѣтской властью, которая дала ему его прерогативы, приходя въ постоянное и тѣснѣйшее съ нимъ столкновеніе, имѣя во многихъ отношеніяхъ совершенно сходный кругъ дѣятельности, духовное вѣдомство, естественно, прониклось тѣмъ же фискальнымъ воззрѣніемъ на свою юрисдикцію, какое проявляло и свѣтское начальство. Послѣднее, разбирая, напр., споры по имуществу или договорамъ, не имѣло при этомъ никакого представленія (или по крайней мѣрѣ очень смутное) о томъ, что оно охраняетъ принципъ собственности, поддерживаетъ пра-

вовой порядокъ и пр. и что для этой собственно цѣли оно начальство, только и существуетъ; оно смотрѣло обыкновенно на каждый процессъ, какъ на рессурсъ своего „кормленія" и источникъ сборовъ въ пользу государевой казны, словомъ, какъ на проявленіе своихъ правъ. а отнюдь не обязанностей. Подобно тому и духовная властъ въ отправленіи своихъ судебно-административныхъ функцій въ крайне рѣдкихъ случаяхъ задавалась какими нибудь идеальными цѣлями, водвореніемъ христіанскаго образа жизни и понятій, защитой слабыхъ противъ угнетенія сильными и т. п. Обыкновеннымъ стимуломъ ея дѣятельности былъ тотъ же матеріальной интересъ, какъ результатъ юрисдикціи, что и у свѣтскихъ властей. Въ этомъ смыслѣ справедливо мнѣніе одного духовнаго писателя, который говоритъ „нигдѣ не видимъ мы, чтобъ власть церковная (въ восточной церкви) присвоила себѣ непосредственное вліяніе на устройство формъ народнаго быта [1]). Это дѣлалось не по какому-нибудь сознательному руководящему началу, а просто вслѣдствіе того равнодушія къ частной жизни гражданъ, насколько она не затрогивала интересовъ власти или (позднѣе) государства, которое составляетъ характеристическую особенность древнерусскаго быта.

Возьмемъ категорію дѣлъ, относящихся къ семейному союзу, и постараемся на основаніи источниковъ, составить себѣ понятіе о духѣ духовной юрисдикціи по отношенію къ нимъ. Здѣсь намъ невольно бросается въ глаза, что въ памятникахъ дѣятельности духовной власти по организаціи семейнаго быта рѣшительно преобладаютъ мѣры къ предупрежденію браковъ безъ вѣнчанія церковнаго, т. е. безъ вѣнечныхъ памятей и вѣнечныхъ пошлинъ. Мы упомянули уже выше, что до 1765 г. ни одинъ бракъ не могъ быть совершаемъ безъ разрѣшенія архіерея, доказательствомъ котораго служила вѣнечная память, причемъ взыскивались въ пользу духовнаго начальства вѣнечныя пошлины. Это послѣднее, повидимому, побочное обстоятельство служило главнымъ основаніемъ болѣе или менѣе энергической заботливости духовныхъ властей объ искорененіи языческаго обычая жить въ гражданскомъ бракѣ, безъ вѣнчанія. Мы встрѣчаемъ, правда случаи принятія мѣръ въ этомъ смыслѣ безъ выраженія реальной ихъ подкладки. Такъ митрополитъ Фотій предписалъ священникамъ: не допускать

---

[1]) Прибавленія къ твореніямъ отцовъ церкви, т. XIX, стр. 549.

супружествъ безъ церковнаго вѣнчанія и требовать отъ супруговъ порукъ въ томъ, что будутъ жить цѣломудренно [1]). А соборъ 1665 г. опредѣлилъ: наблюдать накрѣпко, чтобъ попы не вѣнчали никого безъ вѣнечныхъ памятей [2]). Но за то въ другихъ источникахъ руководящій мотивъ подобныхъ мѣръ выступаетъ очень ясно. Такъ, архіепископъ вологодскій и бѣлоозерскій предписалъ наблюдать, чтобъ попы вѣнечныхъ пошлинъ не крали и доносили бы ему о лицахъ, живущихъ съ женами („наложницами") безъ „молитвы" (безъ вѣнчанія) [3]). Одно сопоставленіе этихъ двухъ требованій ясно показываетъ, что побуждало архіепископа противодѣйствовать исконно-русскому гражданскому браку. Неудивительно поэтому, что денежные платежи примиряли духовное начальство съ нарушителями требованія о церковномъ совершеніи брака. Митрополитъ нижегородскій предписалъ въ 1687 г. взыскивать съ тѣхъ, которые приживаютъ незаконно дѣтей съ вдовами или дѣвками, „вмѣсто наказанія" пеню въ 2 рубля 8 алтынъ и 2 деньги [4]). Такое же распоряженіе послѣдовало позже, въ 1695 году [5]). Забота о томъ, „чтобъ попы вѣнечныхъ пошлинъ не крали" побуждала духовное начальство, въ случаѣ недостатка собственныхъ средствъ, прибѣгать къ содѣйствію свѣтской власти. Такъ, патріархъ Никонъ въ 1657 г. грамотою костромскому воеводѣ выражаетъ сожалѣніе о томъ, что священники не вносятъ установленныхъ вѣнечныхъ пошлинъ и предписываетъ воеводѣ содѣйствовать ко взысканію ихъ [6]).

Вѣнечныя пошлины постоянно и значительно возрастали. Такъ въ 1657 г. онѣ составляли въ новгородской епархіи съ отрока 10 денегъ, съ двоеженца 2 алтына, съ троеженца 3 алтына. Въ 1695 г. (стало быть, менѣе чѣмъ чрезъ 40 лѣтъ) онѣ составили уже тамъ 4, 6 алтынъ, 8 алтынъ и 2 деньги, 10 алтынъ, смотря потому, совершался ли бракъ между холостыми, вдовыми и пр. [7]). Въ Нижнемъ вѣнечныхъ пошлинъ было встарину: 2, 4, 6 алтынъ и 3 алтына „писчихъ и печатныхъ" съ каждаго брака. Въ XVIII вѣкѣ (до 1731 г.) онѣ составляли 7½, 13½ и 19½ коп. При

---

[1]) А. А. Э., I. 369.

[2]) Дополн. къ А. Ист., т. V, № 102, стр. 462.

[3]) А. А. Э., т. IV, № 105.

[4]) А. А. Э., т. IV. № 295.

[5]) А. И., т. IV, № 211.

[6]) Тамъ же, № 107.

[7]) Тамъ же, т. V, № 244.

Петрѣ Великомъ каѳедральный соборъ въ Нижнемъ собиралъ вѣнечной пошлины 200 рубл. въ годъ и болѣе, сумма, по тому времени, довольно значительная [1]).

Составляя значительную статью въ бюджетѣ духовнаго начальства, пошлина эта часто бывала предметомъ споровъ между разными духовными лицами и учрежденіями, причемъ свѣтская власть вмѣшивалась въ эти споры и опредѣляла, кому долженъ принадлежать сборъ пошлины. Такъ, въ 1641 г. былъ споръ между новгородскимъ митрополитомъ и протопопомъ софіевской церкви въ Новгородѣ о правѣ взиманія вѣнечной пошлины. Государь рѣшилъ въ пользу послѣдняго, но митрополитъ и послѣ предъявлялъ притязанія къ протопопу, требуя, чтобы онъ за опредѣленный оброкъ уступилъ ему сборъ пошлины. По жалобѣ протопопа, которому митрополитъ грозилъ удаленіемъ отъ мѣста, государь вторично заступился за него противъ митрополита [2]). Въ другомъ случаѣ споръ получилъ другой исходъ: митрополитъ казанскій въ 1618 г. отнялъ у соборнаго духовенства принадлежавшее ему прежде право сбора вѣнечной пошлины [3]). Замѣчательно проявленіе въ этихъ случаяхъ той исконной борьбы между бѣлымъ и чернымъ духовенствомъ за доходы, власть и вліяніе, которая проходитъ чрезъ всю исторію организаціи церкви у насъ. Прежде борьба эта обыкновенно оканчивалась въ пользу чернаго духовенства. Въ настоящее царствованіе сдѣланы первыя серьезныя попытки дать бѣлому духовенству менѣе зависимое положеніе; предполагаемая реформа духовнаго суда имѣетъ огромное значеніе именно въ этомъ смыслѣ. Не чему удивляться поэтому, что сторонники епископской власти, въ родѣ г. Елагина, съ такимъ ожесточеніемъ нападаютъ на проектъ комитета. Встарину споръ шелъ о матеріальныхъ выгодахъ духовной юрисдикціи по брачнымъ дѣламъ, въ нашъ, болѣе утонченный, вѣкъ (когда притомъ вѣнечныхъ пошлинъ не существуетъ болѣе) споръ идетъ объ идеальномъ интересѣ — власти и вліяніи; суть дѣла, однакожъ, та же самая.

Но именно потому, что въ преслѣдованіи браковъ „безъ молитвы", по языческому обычаю, духовенство руководилось не столько рвеніемъ къ насажденію христіанскихъ нравовъ, сколько

---

[1]) Памятники церк. древн. нижегородской губ., архим. Макарія. стр. 17, 18.

[2]) А. А. Э., III, №№ 306 и 316.

[3]) Щаповъ, Русскій расколъ старообрядства, стр. 394.

желаніемъ округлять цифру вѣнечной пошлины, оно достигало на практикѣ нерѣдко противоположныхъ результатовъ. Народъ, желая избѣгнуть по возможности обременительнаго налога, старался уклоняться отъ вѣнчанія и жить въ гражданскомъ бракѣ. Отъ 1693 г. мы встрѣчаемъ жалобу пудожскихъ крестьянъ на священниковъ, что они платежи за требы (между прочимъ за вѣнчаніе) увеличили въ четверо [1]. Понятно, что это не могло привлекать особенно народъ къ совершенію церковныхъ требъ. Въ этомъ отношеніи мы не очень далеко ушли и по настоящее время. По свидѣтельству г. Муллова, сводные браки (т. е. безъ вѣнчанія), весьма распространенные у раскольниковъ, бываютъ нерѣдко и у православныхъ крестьянъ. Если священникъ (что часто бываетъ) потребуетъ слишкомъ много за вѣнчаніе, тогда разрѣшеніе жить въ сводномъ бракѣ покупается у становаго пристава и крестьяне находятъ это болѣе выгоднымъ [2]. Удивляться тутъ не чему, если имѣть въ виду то, что сообщаетъ по этому предмету человѣкъ, весьма близко знакомый съ дѣломъ. При бракосочетаніи причтъ, по его словамъ, употребляетъ трудовъ и времени не болѣе, чѣмъ при погребеніи и елеосвященіи, нерѣдко даже менѣе, а между тѣмъ за свадьбы окладъ полагается выше, чѣмъ за другія требы. Однимъ изъ поводовъ къ этому служитъ то, что священники запугиваютъ крестьянъ необходимостью справокъ въ консисторіи или истребованія архіерейскаго разрѣшенія. Опасаясь проволочки и хожденія въ консисторіи, крестьянинъ соглашается на требованія причта, хотя бы они были для него отяготительны [3].

Почему нежеланіе имѣть дѣло съ консисторіей дѣйствуетъ такъ рѣшительно на обыкновенно столь туго поддающуюся мошну крестьянина, можно видѣть изъ сообщаемаго тѣмъ же авторомъ въ другомъ мѣстѣ. Хотя бракъ, говоритъ онъ, дозволяется при родствѣ изъ пяти степеней или при недостаткѣ полугода до законныхъ лѣтъ, но въ обоихъ случаяхъ (и, добавимъ мы, во многихъ другихъ, указанныхъ отчасти выше, отчасти въ прежнихъ статьяхъ) сами священники не могутъ вѣнчать такіе браки; объ этомъ надобно просить епархіальнаго архіерея. Тѣ изъ архіере-

---

1) А. Ист., V, № 223.

2) Архивъ Калачова за 1860—61 г., кн. 1, стр. 21—32.

3) О православномъ бѣломъ и черномъ духовенствѣ, т. 1. стр. 303.

27

евъ, которые вникаютъ въ нужды крестьянъ, дѣлаютъ подписи о разрѣшеніи на самыхъ прошеніяхъ и возвращаютъ ихъ просителямъ для передачи священнику. Тутъ расходы крестьянина ограничиваются поѣздкой въ губернскій городъ, гербовой бумагой и небольшимъ вознагражденіемъ письмоводителю. Но многіе архіереи и такія просьбы передаютъ на разсмотрѣніе консисторій. Тогда волокита и убытки для крестьянъ крайне обременительны, ибо безъ незаконныхъ поборовъ тутъ не обходится ни одно дѣло. Ступайте въ консисторію, говоритъ авторъ, въ январѣ, въ сентябрѣ или въ концѣ октября, а также вскорѣ послѣ пасхи (періоды приготовленій къ свадьбамъ у крестьянъ), вы увидите много крестьянъ въ передней, сѣняхъ, на лѣстницѣ и даже около консисторскаго дома; сидятъ или стоятъ они, пригорюнившись и сообщаютъ другъ другу о томъ, сколько времени и денегъ они потеряли уже на испрашиваніе разрѣшенія для брака. Почему, спрашиваетъ авторъ, если бракъ, при извѣстныхъ условіяхъ, допускается закономъ, не дозволить самимъ священникамъ совершать ихъ, съ донесеніемъ, пожалуй, епархіальному начальству? Зачѣмъ мужику идти въ губернскій городъ за 100, 200 верстъ, жить тамъ недѣлю и болѣе, истратить 10, а иногда и 20 рублей? Зачѣмъ подобныя распоряженія? Ими нравственность не улучшается, православіе не поддерживается, мужикъ раздражается, а пропагандистъ-раскольникъ пользуется, чтобъ сказать „ну, что, братъ, какова ваша новая вѣра-то?" Вѣдь вся выгода остается только за столоначальниками консисторій, которые получаютъ лишнихъ нѣсколько сотъ рублей, да за раскольниками [1]). (Относительно послѣдняго пункта выводъ автора подтверждается упомянутымъ сообщеніемъ г. Муллова).

Вопросъ автора: къ чему подобныя распоряженія — находитъ отчасти отвѣтъ въ указанныхъ выше данныхъ относительно вѣнечныхъ пошлинъ. Вѣковая традиція духовнаго начальства—видѣть въ брачныхъ дѣлахъ одинъ изъ источниковъ своихъ доходовъ—очевидно получила только видоизмѣненіе, но не отмѣну до настоящаго времени. Послѣ этого отступленія, возвратимся къ прежнему изложенію.

Преслѣдуя въ своей юрисдикціи матеріальные интересы, духовная власть иногда вносила въ свою дѣятельность цивилизующіе

[1]) Тамъ же, т. 2, стр. 51.

элементы, долженствовавшіе благотворно вліять на характеръ семейнаго быта. Мы встрѣчаемъ, напр., акты такого рода. Мужъ, монастырскій крестьянинъ, даетъ монастырю поручную запись нѣсколькихъ лицъ въ томъ, что онъ отлучится съ женой въ деревню жать рожь и потомъ вернется въ посадъ къ сроку, причемъ жену „не убьетъ и не замучитъ, не пострижетъ, безъ властелина (архимандрита) вѣдома“, а если не сдержитъ этого обѣщанія, то поручители платятъ монастырю пеню, что послѣдній укажетъ [1]. Другой случай такого же рода. Монастырскій слуга даетъ поручную запись въ томъ, что будетъ вести себя хорошо, между прочимъ, что „съ матерью браниться и биться не будетъ и жену смирять по вины и по-людски, а не безвѣчьемъ“ [2]. Мы видимъ тутъ образцы весьма полезнаго вида проявленія юрисдикціи по семейнымъ дѣламъ, соотвѣтствующаго англійскому институту surety of peace (право мировыхъ судей требовать отъ лицъ, задорнаго, угрожающаго права, обезпеченія въ томъ, что они будутъ вообще вести себя спокойно или, въ частности, не будутъ совершать насилій надъ извѣстными лицами). Но очевидно, что монастырское начальство въ подобныхъ случаяхъ дѣйствовало какъ „властелинъ“, а не какъ представитель церкви, какъ разсудительный помѣщикъ, оберегающій въ собственномъ интересѣ одного изъ своихъ подданныхъ отъ другого. Это ясно ужъ изъ того, что нѣтъ указаній на подобныя мѣры со стороны духовнаго начальства относительно лицъ свободныхъ состояній, ему непринадлежавшихъ на крѣпостномъ правѣ. Встрѣчаемъ, правда, акты, въ которыхъ просвѣчиваетъ забота высшей духовной власти о регулированіи болѣе гуманнымъ образомъ народнаго семейнаго быта.

Такъ, патріархъ Филаретъ въ 1622 г. жаловался въ грамотѣ на то, что въ Сибири многіе русскіе живутъ съ некрещеными, какъ съ женами, вступаютъ въ бракъ въ близкомъ родствѣ, даютъ своихъ женъ кредиторамъ въ обезпеченіе долговъ и тѣ живутъ съ ними до уплаты, а въ случаѣ неплатежа продаютъ ихъ другимъ лицамъ, причемъ попы имъ потворствуютъ и вѣнчаютъ безъ знаменъ („знамя“—пошлины въ пользу духовенства съ каждаго брака, а также вѣнечная память, сопровождавшая уплату пошлины) [3]. Въ 1695 г. предписано было наблюдать, чтобъ не вѣнчать въ

[1] А. Ю. № 326.

[2] А. Ю., № 301 (II).

[3] Собр. госуд. грамотъ и догов., т. III, № 60.

престарѣлыхъ лѣтахъ и по принужденію помѣщиковъ, причемъ сдѣлано также болѣе точное распредѣленіе вѣнечной пошлины по разнымъ случаямъ [1]). Но въ обоихъ этихъ актахъ мы видимъ, что главное вниманіе духовнаго начальства обращено на совершеніе браковъ не иначе какъ по „знаменамъ", т. е. съ платежемъ пошлинъ не въ пользу священниковъ, совершающихъ бракъ, а въ пользу епархіальнаго начальства, которое вообще присвоило себѣ сборъ вѣнечной пошлины [2]). Съ этой же цѣлію и для предупрежденія, такъ-сказать, конкурренціи духовное начальство прибѣгало къ взаимнымъ соглашеніямъ епископовъ. Такъ, литовско-русскіе православные епископы договорились между собой, чтобъ подчиненныя одному изъ нихъ духовныя лица не совершали требъ въ вѣдомствѣ другого, т. е. внѣ своей епархіи [3]).

Мы говорили о томъ, какъ духовное начальство организовало семейный бытъ своихъ крестьянъ. Что оно руководилось при этомъ не чисто-церковными идеями, а владѣльческими интересами, видно изъ слѣдующаго. По ученію церкви, свобода соглашенія при бракѣ составляетъ не только его необходимую принадлежность, но существеннѣйшее содержаніе. Свобода же эта немыслима тамъ, гдѣ лицо ограничено въ свободѣ выбора по сословнымъ и т. п. соображеніямъ. Съ точки зрѣнія церкви, подобныя ограниченія не имѣютъ силы и она подчиняется имъ только въ виду государственныхъ законовъ. Мы видимъ, однакожъ, что въ древней Россіи духовное начальство, по отношенію къ своимъ собственнымъ крестьянамъ, гдѣ оно имѣло возможность самостоятельно опредѣлять ихъ личное положеніе, не дѣлало никакой попытки провести гуманное начало церковнаго ученія, а, напротивъ, само вполнѣ прониклось въ своей дѣятельности тенденціями свѣтскаго общественнаго строя. Государственные законы, по своимъ финансовымъ соображеніямъ, запрещали браки между лицами разныхъ состояній; напр., въ 1658 г. посадскимъ людямъ, подъ страхомъ смертной казни, запрещено было вступать въ бракъ съ вотчинными крестьянами, не получившими отпускныхъ [4]). Монастырское начальство, съ своей стороны, тоже запрещало своимъ

---

[1]) А. И., т. IV, № 37.

[2]) Соловьевъ, Исторія Россіи. т. XIII, стр. 156.

[3]) Акты, относ. къ ист. зап. Россіи, т. IV, № 25.

[4]) А. А. Э., т. IV, № 101.

крестьянамъ вступать въ бракъ съ крестьянами другихъ вотчинниковъ безъ представленія послѣдними отпускныхъ; вдовы монастырскихъ крестьянъ не отпускались съ тягла и оброка за мужъ за чужихъ крестьянъ [1]). Такимъ образомъ, вопросы нравственно-религіозные (о необходимости предоставленія каждому свободы брака и поощренія брачной жизни, какъ единственнаго средства противъ развращенія нравовъ) вовсе и не возникали для духовнаго начальства относительно его крестьянъ и, оно распоряжалось ими совершенно такимъ же образомъ, какъ другіе вотчинники, преслѣдовавшіе исключительно свои матеріальныя выгоды.

Вникая въ смыслъ этихъ фактовъ, нетрудно будетъ понять, въ какой степени вѣрно мнѣніе Неволина, что цѣль правила о необходимости для каждаго брака архіерейскаго разрѣшенія заключалась, очевидно, въ томъ, чтобы дать возможность архіерею наблюдать за соблюденіемъ церковныхъ правилъ при вѣнчаніи [2]). Изъ предыдущаго достаточно ясно, что дѣйствительная цѣль этого правила заключалась въ желаніи обезпечить за высшей духовной властью сборъ вѣнечной пошлины, что было бы невозможно еслибъ каждый священникъ имѣлъ право вѣнчать по собственному усмотрѣнію. Если даже при существованіи вѣнечныхъ намятей часто раздавались жалобы на то, что „попы крадутъ вѣнечныя пошлины“ и епархіальное начальство прибѣгало къ содѣйствію воеводъ для ея взысканія, то что было бы при отсутствіи требованія о необходимости архіерейскаго разрѣшенія?

Мнѣніе Неволина опровергается не только всѣми вышеуказанными данными, но еще и слѣдующимъ обстоятельствомъ. Тогда какъ мѣры къ предупрежденію самовольнаго вѣнчанія священниками, безъ архіерейскаго разрѣшенія встрѣчаются довольно часто, совершеніе разводовъ самими священниками почти не встрѣчало отказа со стороны высшей духовной власти. Въ извѣстномъ посланіи митрополита Фотія (1410—1431 г.) есть косвенное указаніе на принадлежность бракоразводныхъ дѣлъ суду архіереевъ [3]). Но въ послѣдующее время это обстоятельство, повидимому, вовсе не интересовало духовное начальство; а между тѣмъ, какъ упомяну-

[1]) Тамъ же, № 67.

[2]) Ист. росс. гражд. зак., т. I, § 97.

[3]) Дополн. къ А. И., т. I, № 181, стр. 328.

то уже выше, случаи выдачи „распустныхъ писемъ“ священниками въ древней Россіи и даже въ XVIII вѣкѣ были весьма обыкновенны. И однакожъ, по существу дѣла, разводъ, какъ актъ церковной юрисдикціи, требуетъ гораздо болѣе осторожности и компетентности, чѣмъ вѣнчаніе, вслѣдствіе чего, по дѣйствующему праву, вѣнчаніе въ обыкновенныхъ случаяхъ можетъ быть совершаемо каждымъ священникомъ по собственному усмотрѣнію, а разводъ можетъ быть розрѣшенъ лишь синодомъ. Чѣмъ объяснить такую прямую противоположность между современнымъ и древнерусскимъ правомъ? Очевидно только слѣдующимъ. Вѣнчаніе было обложено пошлиной, а разводъ былъ воленъ. По этому первое трбовало архіерейскаго разрѣшенія, причемъ взималась и пошлина, а разводъ предоставленъ былъ на произволъ супруговъ: они могли обратиться къ суду епископа, согласно канонамъ церкви, могли довольствоваться и разводнымъ письмомъ, совершеннымъ при участіи священника. Таковъ былъ взглядъ церковной *практики*; съ точки зрѣнія теоріи, вѣроятно, и тогда признавалось исключительное право епископовъ на сужденіе бракоразводныхъ дѣлъ. Замѣтимъ кстати, что изъ извѣстнаго „Вопрошанія Кирикова“ (1150—1186 г.) можно вывести заключеніе, что тогда признавалось за каждымъ духовнымъ лицомъ право совершенія разводовъ. Вообще, Неволинъ, какъ извѣстно, былъ большой оптимистъ въ историческихъ воззрѣніяхъ на наше прошлое. Обладая огромной эрудиціей, онъ вовсе не имѣлъ даже исторической критики. Повѣрить ему, такъ у насъ съ древнѣйшихъ временъ существовалъ весьма развитой правовой бытъ: существовала личная поземельная собственность, свобода завѣщанія, полная имущественная раздѣльность супруговъ, высокое общественное и семейное положеніе женщины и пр. Эта манера смотрѣть всегда сквозь розовыя очки на наше прошлое отчасти объясняется тѣмъ „патріотическимъ“ духомъ извѣстнаго направленія, который господствовалъ въ прошлое царствованіе во всѣхъ классахъ общества и былъ возведенъ до нѣкоторой степени въ оффиціально-обязательную доктрину (оцѣнка вліянія этого оффиціальнаго патріотизма на русскую историческую науку составитъ любопытную главу въ будущей исторіи русской мысли). Но кто далъ себѣ трудъ познакомиться съ самими источниками знаетъ, съ какой осторожностью слѣдуетъ относиться къ общимъ взглядамъ Неволина на характеръ древнерусскаго права.

Какъ на любопытную черту дѣятельности духовнаго начальства укажемъ еще на слѣдующій фактъ. Выше было замѣчено, что наказанія за преступленія семейныя были въ древней Россіи очень суровы. Иногда, однакожъ, по инициативѣ духовныхъ властей, отъ этого начала дѣлались отступленія, мотивомъ которыхъ служило желаніе опять-таки матеріальной выгоды. Такимъ образомъ, одна крестьянка, которая за убійство мужа была окопана цѣлый день, по просьбѣ архимандрита съ братіей ближняго монастыря, освобождена отъ наказанія и отдана въ монастырь [1]). Желаніе пріобрѣсти лишнюю рабочую силу для монастыря, въ видѣ новой крестьянской души, побудило тутъ монастырское начальство совершить актъ христіанскаго милосердія, заслуживающій, безъ сомнѣнія, полнаго сочувствія.

6) Весьма распространено мнѣніе, что духовенству удалось организовать семейный союзъ у русскаго народа, согласно ученію церкви и искоренить противные этому ученію народные обычаи еще въ допетровское время. Не говоря уже о Неволинѣ, который утверждаетъ, что ограниченіе церковной юрисдикціи при Петрѣ произошло оттого, что подъ вліяніемъ церкви семейный союзъ былъ достаточно организованъ и значительная часть семейныхъ дѣлъ могла, поэтому, безопасно перейти къ вѣдѣнію свѣтскаго начальства (невѣрность этого мнѣнія мы показали въ другомъ мѣстѣ), — новѣйшіе изслѣдователи раздѣляютъ въ существѣ этотъ взглядъ. Такъ профес. Леонтовичъ утверждаетъ, что обычаи по семейному праву все болѣе ограничивались и наконецъ вовсе вытѣснялись церковнымъ законодательствомъ [2]). Г-жа Ефименко утверждаетъ, что древнерусское обычное право ничѣмъ не заявило себя въ законодательной сферѣ (относительно брачнаго союза), можетъ быть, потому, что брачныя дѣла были въ вѣдѣніи одного духовенства, которое мало расположено было обращаться къ народнымъ обычаямъ [3]). Эти и имъ подобныя мнѣнія могутъ быть принимаемы только съ ограниченіями. Что народные обычаи, насколько они противорѣчили ученію церкви, не получали оффиціальной санкціи со стороны свѣтскаго и церковнаго законодательства, можно признать правильнымъ. Но источники несомнѣнно доказы-

---

[1]) А. И., т. V, № 14.

[2]) Исторія русскаго права, вып. I, стр. 107.

[3]) Знаніе, 1874 г., кн. 1, стр. 4.

ваютъ, что обычаи эти все-таки проникали въ практику самихъ духовныхъ судовъ и вообще имѣли несомнѣнную, не только фактическую, но и юридическую силу. Такъ, мы видѣли уже, что необходимость церковнаго вѣнчанія для дѣйствительности брака досихъ-поръ не проникла безусловно въ сознаніе народной массы, а въ древней Россіи сознаніе это было довольно слабо. Относительно юридическихъ послѣдствій брака, именно взаимныхъ правъ и обязанностей супруговъ, языческія понятія весьма долго держались и до-сихъ-поръ существуютъ у простонародья. Неволинъ, правда, отрицаетъ, чтобы даже въ древнѣйшее время мужъ имѣлъ неограниченную власть надъ личностью жены [1]). Но мы болѣе довѣряемъ въ этомъ отношеніи упомянутому выше свидѣтельству патріарха Филарета о томъ, что въ Сибири мужья закладывали и продавали женъ, причемъ попы имъ потворствовали въ этомъ. Изъ другихъ источниковъ извѣстно, что подобныя явленія продолжались до весьма недавняго времени, вопреки увѣренности Неволина въ томъ, что грамота патр. Филарета немедленно прекратила зло. Въ другомъ мѣстѣ мы привели также свидѣтельство генерала Липранди, что еще въ началѣ нынѣшняго столѣтія и между лицами высшихъ сословій существовалъ обычай продавать, обмѣнивать женъ, проигрывать ихъ въ карты и т. под. Если, въ виду такихъ многочисленныхъ и не единичныхъ, а общихъ фактовъ, мы будемъ говорить о „злоупотребленіяхъ“ отдѣльныхъ лицъ и утверждать, что церковныя начала дѣйствительно вполнѣ проникли въ нашъ семейный бытъ, то я не знаю, при какихъ условіяхъ можно вообще говорить о существованіи народнаго обычая, несогласнаго съ требованіями оффиціальной законности.

Вслѣдствіе этого народнаго воззрѣнія мужья въ древней Россіи считали себя вправѣ самовольно постригать своихъ женъ или заточать ихъ въ монастырь. Отъ болѣе древняго времени (1228 г.) дошли до насъ свѣдѣнія о самовольныхъ разводахъ князей съ женами; въ случаѣ болѣзни послѣднихъ жена шла въ монастырь и получала въ вознагражденіе извѣстное имущество [2]). По свидѣтельству Котошихина, еще въ XVII столѣтіи мужья, въ случаѣ обмана при бракѣ (т.-е. когда вмѣсто показанной невѣсты потомъ оказывалась другая), мучили своихъ женъ, пока тѣ соглашались

[1]) Ист. росс. гр. зак., I. § 29.

[2]) Соловьевъ, Ист. Россіи, т. III, стр. 12 и прим. 34.

идти въ монастырь [1]). Олеарій свидѣтельствуетъ о томъ же, но говоритъ при этомъ, что мужъ имѣетъ право заточить жену въ монастырь, для чего часто прибѣгаютъ къ ложнымъ свидѣтелямъ о дурномъ будто-бы ея поведеніи [2]). Довольно поздно (въ 1673 и 1681 г.) встрѣчаемъ мы запрещеніе со стороны духовнаго начальства принимать въ монашеское званіе людей, состоящихъ въ законномъ бракѣ, при жизни другого супруга; при этомъ постановлено, что если состоящее въ бракѣ лицо, несмотря на запрещеніе, пойдетъ въ монастырь, то другой супругъ не можетъ вступать въ новый бракъ [3]). Послѣднее правило объясняетъ и характеръ этихъ „добровольныхъ" постриженій въ до-петровской Россіи. Мужъ, желая отдѣлаться отъ жены, особенно въ случаѣ ея болѣзни или уродливости, заставлялъ ее идти въ монастырь, а самъ вступалъ въ другой бракъ. Монастырямъ это было на руку, ибо мужья въ подобныхъ случаяхъ не скупились на вознагражденіе отринутыхъ женъ, а имущество монахинь дѣлалось съ теченіемъ времени собственностью монастыря. Поэтому, духовное начальство не имѣло повода принимать мѣры противъ такого порядка вещей, несмотря на то, что онъ былъ положительно противенъ прямому смыслу церковныхъ законовъ, указанныхъ у Неволина. Только къ концу древняго періода, на зарѣ петровскихъ реформъ, мы встрѣчаемъ упомянутое запрещеніе. Мужья разсматривали въ древней Россіи своихъ женъ какъ часть своего имущества (древнеримской familia); этимъ объясняется, напр., такого рода дѣло. Мужъ жалуется патріарху, что онъ былъ въ плѣну 2 года и жена его въ это время вышла замужъ за другого „съ дѣтьми и съ животы", и патріархъ предписываетъ воеводѣ представить виновныхъ къ нему на судъ [4]). Мы видимъ тутъ оригинальный видъ виндикаціи со стороны paterfamilias, захваченной другимъ лицомъ его familia, состоящей изъ жены, дѣтей и животовъ.

Еще рѣзче проявляется живучесть народныхъ обычныхъ воззрѣній на семейный союзъ въ томъ, какъ, вопреки ученію церкви, сохранился до настоящаго времени обычай самовольнаго развода

---

[1]) Котошихинъ, гл. XIII, 10.

[2]) Олеарій, о Россіи при Мих. Θеодор., гл. VII.

[3]) А. А. Э., т. IV, № 247. Доп. къ А. И., т. VIII. № 92.

[4]) Царскія грамоты на Карочу, собр. Зайцевымъ (Чт. Моск. Общ. ист. и др., 1851 г., кн. 2), стр. 47.

по соглашенію супруговъ. Тутъ невозможно говорить о „злоупотребленіяхъ“ отдѣльныхъ лицъ, ибо свидѣтельства о всеобщей распространенности этого обычая слишкомъ многочисленны! Притомъ обычай этотъ получилъ даже опредѣленное юридическое названіе, именно въ южной Россіи такіе разводы назывались „разлука“ и институтъ „разлуки“ былъ тамъ общеизвѣстенъ [1]). Народъ смотрѣлъ тамъ на „разлуку“ какъ на законное право супруга въ случаѣ, напр., дурнаго обращенія съ нимъ другаго супруга. Такъ, мы видимъ, что тесть требуетъ отъ зятя „разлуки“ съ его дочерью вслѣдствіе дурнаго съ ней обращенія. Магистратъ, по жалобѣ зятя, призналъ, правда, это требованіе незаконнымъ, внушивъ, однако жалобщику наказывать свою жену по-людски [2]); но возможность такихъ требованій доказываетъ, какъ смотрѣлъ народъ на этотъ предметъ. Извѣстный Курбскій такимъ же образомъ развелся съ первой женой по взаимному соглашенію и епископъ утвердилъ разводъ. Потомъ, однакожъ, когда онъ вступилъ въ новый бракъ, первая жена предъявила споръ о незаконности развода и митрополитъ призналъ его незаконнымъ, такъ-какъ не было ни одной изъ церковныхъ причинъ къ разводу. Дѣло было улажено новой мировой сдѣлкой Курбскаго съ первой женой [3]). Выше мы привели два акта о добровольномъ разводѣ супруговъ, совершенные съ участіемъ духовныхъ лицъ. Затѣмъ, въ случаѣ жестокаго обращенія мужа съ женой, по свидѣтельству Котошихина [4]), при безуспѣшности мѣръ къ примиренію супруговъ или смиренію виновнаго, даже высшій духовный судъ допускалъ разводъ. Изъ сопоставленія всѣхъ этихъ данныхъ мы видимъ: 1) что народное воззрѣніе на возможность развода по взаимному соглашенію держалось долго и упорно и не исчезло до настоящаго времени; 2) что воззрѣніе это проникло въ значительныхъ размѣрахъ и въ практику духовнаго начальства, и 3) что точно также имѣло практическую силу воззрѣніе на возможность развода по жестокому обращенію и это воззрѣніе также раздѣлялось духовными судами.

Еще въ 1723 г. святѣйшій синодъ придавалъ юридическое значеніе добровольному расторженію брака при извѣстныхъ условіяхъ,

---

[1]) Арх. Ю. З. Россіи, т. IV, ч. 1, стр. 41, 150.

[2]) Ар. Ю. З. Россіи, т. V, ч. 1, № 93.

[3]) Оппоковъ, князь А. М. Курбскій (Кіевск. Унив. Изв. 1872 г., кн. 7), стр. 2 и сл.

[4]) Гл. XIII, 10.

какъ видно изъ слѣдующаго дѣла. Мужъ, сосланный на галеры, далъ женѣ письменное разрѣшеніе вступить въ новый бракъ. Жена ходатайствовала на этомъ основаніи о дозволеніи ей новаго брака. Синодъ предписалъ сдѣлать допросъ мужу, дѣйствительно ли онъ далъ означенное письмо [1]). Для характеристики бракоразводнаго процесса въ древней Россіи вообще и въ частности для уясненія вліянія народныхъ воззрѣній на практику духовныхъ судовъ укажемъ еще здѣсь на дѣло Загоровскаго. По смерти Загоровскаго первая законная жена принесла жалобу на другую особу, которая тоже именовала себя женой Загоровскаго. Повѣренный жалобщицы доказывалъ, что никакого законнаго развода въ духовномъ порядкѣ между его довѣрительницей и З—мъ не было; что доказательства развода, представленныя съ противной стороны, не могутъ быть принимаемы (то были письма и документы гражданскаго свойства); что это было бы по-жидовски (допущеніе гражданскаго развода, по согласію супруговъ), а не по-христіански; что если бы и былъ разводъ, то З—ій не имѣлъ, по церковнымъ правиламъ, права вступать въ новый бракъ; что свидѣтельскія показанія развода не могутъ быть допущены; что акты вѣновые и т. под., представленные другой стороной, какъ касающіеся имущественныхъ отношеній, должны подлежать разбору свѣтскаго, а не духовнаго суда. Несмотря на полную юридическую основательность этихъ доводовъ истицы, епископъ владимірскій, разбиравшій это дѣло, рѣшилъ его въ пользу второй жены, признавъ такимъ образомъ дѣйствительность развода, совершеннаго не духовнымъ порядкомъ. Впрочемъ, часть членовъ суда была противъ этого рѣшенія [2]).

7) Въ какой степени вѣрно мнѣніе г. Елагина о неизмѣняемости епископской судебной власти въ отношеніи брачныхъ дѣлъ, достаточно ясно изъ всего вышеизложеннаго. Но считаемъ не лишнимъ обратить вниманіе еще на слѣдующее обстоятельство, весьма важное въ бракоразводномъ процессѣ. Г. Спасовичъ ставитъ такое предположеніе: если бы не отнята была у духовенства власть разбирательства семейныхъ споровъ (сосредоточеніемъ бракоразводныхъ дѣлъ въ синодѣ и петровскими реформами), то, быть можетъ, у насъ выработалась бы практикой духовныхъ судовъ се-

---

[1]) Описаніе докум. и дѣлъ, хран. въ арх. святѣйшаго синода, т. I, стр. 126.
[2]) Арх. Ю. З. Россіи, т. I, № 35.

парація (отъ стола и ложа) въ случаяхъ, гдѣ полный разводъ не допускается церковными правилами [1]). По этому поводу замѣтимъ слѣдующее. Уже послѣ петровскихъ реформъ и образованія синода этотъ послѣдній допускалъ сепарацію при невозможности развода. Именно по дѣлу супруговъ Салтыковыхъ, вслѣдствіе жалобы жены на жестокое обращеніе съ нею мужа, синодъ далъ имъ временный разводъ впредь до ихъ примиренія [2]). Въ настоящее время, такое опредѣленіе духовнаго начальства едва ли было бы возможно; по крайней мѣрѣ уставъ духовныхъ консисторій не даетъ для этого никакихъ точекъ опоры. А между тѣмъ церковные каноны въ настоящее время тѣ же, что и въ 1723 году. Такимъ образомъ мы видимъ, что цѣлый институтъ бракоразводнаго права исчезъ изъ практики нашихъ духовныхъ судовъ въ новое время и исчезъ единственно вслѣдствіе измѣнившагося отношенія свѣтской власти къ дѣятельности духовнаго суда. Дѣло въ томъ, что, какъ мы доказывали уже прежде, тогда какъ въ до-петровской Россіи духовному суду предоставленъ былъ полный просторъ въ брачныхъ дѣлахъ, со времени Петра, вслѣдствіе извѣстныхъ политическихъ соображеній, установилось подозрительное, такъ сказать, отношеніе къ широкимъ размѣрамъ юрисдикціи духовной власти по всѣмъ вообще дѣламъ. Плодомъ этой подозрительности было, между прочимъ, устраненіе всѣхъ тѣхъ причинъ развода, которыя по существу своему неопредѣленны и потому требуютъ свободнаго усмотрѣнія суда въ оцѣнкѣ ихъ значенія (каковы: болѣзнь и дурное обращеніе). Вслѣдствіе этой же причины свѣтское законодательство должно было относиться недовѣрчиво къ праву духовныхъ судовъ установлять сепарацію въ извѣстныхъ случаяхъ, ибо подвести эти случаи подъ точныя опредѣленія закона невозможно, а предоставить ихъ свободному усмотрѣнію духовнаго суда тоже не хотѣли. При этомъ отношеніи законодательства къ сепараціи, зародыши ея въ судебной практикѣ естественно заглохли, оставивъ значительный пробѣлъ въ нашемъ бракоразводномъ правѣ, пробѣлъ, который раньше или позже долженъ быть восполненъ въ духѣ до-петровскаго права.

8) Крайне преувеличено то мнѣніе, которое составилъ себѣ г. Елагинъ и другіе писатели его лагеря относительно независимости

---

[1]) Журнал. Гр. и Торг. Пр. за 1871 г., кн. 1, стр. 146.

[2]) Опис. докум. и дѣлъ, хран. въ арх. св. синода, т. I, стр. 68.

духовнаго суда отъ влiянiя свѣтскаго законодательства. По крайней мѣрѣ исторiя показываетъ намъ, что на практикѣ эта самостоятельность никогда не была безусловна. Духовныя лица въ древней Россiи часто подчиняемы были свѣтскому начальству; хотя предоставлялась имъ автономiя, но отъ нея часто дѣлались отступленiя [1]). Отъ 1869 г. встрѣчаемъ просьбу одного новгородца о томъ. чтобы духовныя лица судимы были въ приказной палатѣ [2]). Ревнители духовной власти стремились, правда, ограждать церковную юрисдикцiю отъ вторженiя чуждыхъ ей элементовъ. Такъ, извѣстный ревнитель православiя въ западной Россiи, кiевскiй воевода князь Константинъ Острожскiй предписалъ всѣмъ свѣтскимъ властямъ не вмѣшиваться въ дѣла, подсудныя духовенству, и *не разводить браковъ* [3]). А митрополитъ Рагоза, за свои заслуги въ дѣлѣ, унiи, получилъ въ видѣ особой награды отъ короля, право исключительной судебной власти въ духовныхъ дѣлахъ, такъ что въ нихъ не могъ вмѣшиваться и самъ король [4]). Обыкновенно же свѣтская власть въ западной Россiи принимала дѣятельное участiе въ разборѣ бракоразводныхъ дѣлъ. Такъ, въ упомянутомъ, процессѣ о бракахъ Загоровскаго, король присоединилъ къ епископу владимiрскому (которому дѣло это было подсудно) епископа холмскаго, съ его клирошанами, съ совѣщательнымъ голосомъ при рѣшенiи дѣла. Самое рѣшенiе состоялось съ правомъ апелляцiи къ королю, и апелляцiя дѣйствительно послѣдовала (исходъ ея неизвѣстенъ). Но и въ восточной Россiи правительство никогда не стѣснялось вторгаться въ сферу духовной юрисдикцiи по брачнымъ дѣламъ, гдѣ это было нужно въ его интересахъ. Такъ, извѣстно, что разлученiе, даже временное, супруговъ, по церковнымъ понятiямъ древней Россiи, считалось большимъ грѣхомъ и свѣтское начальство, подобно духовному, придерживалось обыкновенно начала обязательной совмѣстности супруговъ во чтобы то ни стало. Однакожъ, въ случаѣ государственнаго интереса, отъ этого начала легко дѣлались отступленiя, какъ свидѣтельствуетъ слѣдующiй фактъ. Жена донесла на мужа объ его измѣнѣ государю и была за это награждена царемъ; мужъ же взятъ былъ въ Москву для сыска. Жена послѣ этого вышла замужъ за другаго. По требова-

[1]) А. И., т. V, № 186.

[2]) Правосл. Собес. за 1865 г., кн., 4, стр. 291.

[3]) А., относ. къ ист. запад. Рос., т. IV, №№ 30 и 31.

[4]) Тамъ же, № 98.

нію перваго мужа царь предписалъ доставить ее въ Москву. Воевода донесъ, что она уже замужемъ за другимъ, и онъ не осмѣливается разлучить ее съ мужемъ; не смотря на это, доносчица все таки взята была въ Москву [1]).

Петръ Великій собственной властью разрѣшилъ генералъ-прокурору Ягужинскому разойтись съ женой по слѣдующимъ мотивамъ: „Богъ установилъ бракъ для облегченія человѣка въ горестяхъ жизни, а дурное супружество прямо противно волѣ Божіей и потому справедливо и полезно расторгнуть его" [2]). Что древне-русское правительство разбирало споры между духовными лицами относительно вѣнечной пошлины и защищало при этомъ священниковъ отъ притязаній епископовъ, мы видѣли выше.

Нельзя поэтому считать противнымъ духу нашей исторіи стремленіе проекта комитета къ секуляризаціи (далеко неполной) брачныхъ дѣлъ, которыя, однакожъ, остаются въ вѣдѣніи и духовнаго начальства. Это стремленіе выразилъ еще извѣстный адмиралъ Мордвиновъ въ первой четверти нынѣшняго столѣтія. „Необходимо,—писалъ онъ, — чтобы духовный судъ подчиненъ былъ общимъ основаніямъ и заключенія синода поступали на разсмотрѣніе государственнаго совѣта: иначе являются, двѣ самостоятельныя власти: одна—самодержавнаго императора, а другая—синодальная". По другому случаю онъ выразилъ мнѣніе: „св. синодъ, равное сенату правительственное мѣсто, должно равномѣрно руководиться закономъ о давности въ своихъ рѣшеніяхъ, потому что мы признаемъ одну самодержавную власть какъ надъ гражданскими, такъ и надъ духовными мѣстами и лицами" [3]).

9) Непонятнымъ становится та горячность, съ которой г. Елагинъ и его приверженцы отстаиваютъ status-quo духовной юрисдикціи отъ реформъ проекта, когда принимаешь въ разсчетъ отношеніе между собой количества бракоразводныхъ дѣлъ разныхъ категорій. Нѣкоторыя категоріи брачныхъ дѣлъ и теперь уже производятся въ общихъ судахъ, главнымъ образомъ, а въ духовный судъ поступаютъ только для расторженія таинства и притомъ такъ, что рѣшеніе свѣтскаго суда безусловно обязательно для духовнаго, насколько оно признало существованіе факта, служащаго основаніемъ къ разводу. Таковы дѣла о многобрачіи и о лишеніи

[1]) Царскія грамоты на Карочу, стр. 204 и 217.
[2]) Иконниковъ, Русская женщина и пр. (Кіев. Унив. Изв. 1874, кн. 6) стр. 429.
[3]) Графъ Н. С. Мордвиновъ, соч. Иконникова (1873 г.), стр. 539 и 366.

правъ состоянія, а также объ обманѣ въ лицѣ при вступленіи въ бракъ. Въ этихъ дѣлахъ свѣтскій судъ предварительно разбираетъ, былъ ли фактъ, дающій основаніе къ разводу, и затѣмъ передаетъ дѣло духовному начальству; въ производствѣ этихъ дѣлъ проектъ не предполагаетъ никакого существеннаго измѣненія. Въ нѣкоторыхъ же дѣлахъ, по существующему порядку, производство сосредоточивается въ духовныхъ судахъ, главнымъ образомъ, и переходитъ въ свѣтскій судъ лишь по рѣшенію въ духовномъ. Таковы дѣла о признаніи незаконности браковъ вслѣдствіе близкаго родства по вступленію въ четвертый бракъ и расторженіе ихъ вслѣдствіе прелюбодѣянія, безвѣстнаго отсутствія и неспособности къ сожитію. На практикѣ, однакожъ, эти дѣла составляютъ меньшую часть въ общей цифрѣ бракоразводныхъ дѣлъ, какъ можно видѣть изъ слѣдующихъ данныхъ. Въ 1858 г. поступило на разсмотрѣніе синода брачныхъ дѣлъ 274, расторгнуто браковъ 103, въ томъ числѣ: за существованіемъ прежняго брака 40, за вступленіемъ въ 4-й бракъ—2, по близкому родству 3, по неспособности къ сожитію 3, по прелюбодѣянію 4, за недостиженіемъ законнаго возраста 1, за обвѣнчаніемъ подъ чужимъ именемъ (обманъ или ошибка о лицѣ) 3, по безвѣстному отсутствію 16, за лишеніемъ всѣхъ правъ состоянія 31 [1]). Въ 1861 г. поступило брачныхъ дѣлъ 130, расторгнуто браковъ 83, въ томъ числѣ: по близкому родству 7, по неспособности къ сожитію 3, по прелюбодѣянію 7, по безвѣстному отсутствію 26, за ссылкой (лишеніемъ правъ состоянія) 39, по просьбѣ крещеной еврейки 1 [2]). Изъ этихъ цифръ видно, что наибольшее число расторженій браковъ даютъ обыкновенно двоебрачіе и лишеніе правъ состоянія, тѣ категоріи брачныхъ дѣлъ, которыя, и по дѣйствующему закону, проводятся, главнымъ образомъ, свѣтскими судами и относительно коихъ предполагаемая реформа не вводитъ ничего существенно новаго. Изъ дѣлъ же, которыя теперь предполагается передать въ преимущественное вѣдѣніе свѣтскаго суда, только безвѣстное отсутствіе даетъ значительный процентъ разводовъ. Но въ дѣлахъ по безвѣстному отсутствію и теперь, при производствѣ ихъ въ консисторіяхъ, главную роль играетъ не консисторія, а полиція, производящая дознаніе и собирающая весь матеріалъ, кото-

---

[1]) Отчетъ оберъ-прокурора св. синода за 1858 г., стр. 81.

[2]) Отчетъ за 1861 г., стр. 135.

рымъ обусловливается послѣдующее рѣшеніе духовнаго начальства. Слѣдовательно, въ принципѣ производства этой категоріи дѣлъ проектъ не дѣлаетъ измѣненій, столь существенныхъ, какъ силится доказать нашъ авторъ.

Правда, г. Елагинъ утверждаетъ еще (стр. 453), что никакой перемѣны въ этомъ отношеніи вовсе не нужно, потому что „порядокъ производства дѣлъ о безвѣстномъ отсутствіи буквально и совершенно тотъ же въ уставѣ гражданскаго судопроизводства и въ уставѣ духовныхъ консисторій". Дѣйствительно, сходство поразительное, разница въ бездѣлицѣ: тамъ слѣдствіе производится окружнымъ судомъ, здѣсь—полиціей. Авторъ, видите ли, исходитъ изъ той мысли, что достаточно дать одинаковыя правила процесса полицейскимъ управленіямъ и окружнымъ судамъ, организованнымъ по уставамъ 1864 г., и результаты на практикѣ выйдутъ тѣ-же. Блаженъ, кто вѣруетъ, но читатели извинятъ насъ, полагаемъ, что мы не раздѣляемъ вѣрованій автора въ этомъ отношеніи и думаемъ, что не столько важны правила процесса, сколько характеръ и организація того учрежденія, которому ввѣрено примѣненіе данныхъ правилъ. Мы остаемся, поэтому, при мнѣніи, что при одинаковыхъ правилахъ производства дѣлъ о безвѣстномъ отсутствіи въ консисторіяхъ купно съ полиціей и въ окружныхъ судахъ интересы правосудія болѣе гарантированы въ послѣднихъ, чѣмъ въ первыхъ.

10) Не лишнимъ считаемъ опровергнуть здѣсь грубое заблужденіе, которое авторъ нашъ, повидимому, считаетъ сильнымъ аргументомъ противъ секуляризаціи дѣлъ о многобрачіи. Онъ часто повторяетъ, что при новомъ порядкѣ, въ случаѣ оправданія свѣтскимъ судомъ обвиняемаго въ двоебрачіи, духовному суду остается только утвердить, съ своей стороны, право обвиняемаго на двоебрачіе (стр. 451). Въ другомъ мѣстѣ мы привели уже возраженія противъ этого довода и здѣсь замѣтимъ еще слѣдующее. Столкновеніе, но только логическое, а не формальное, между оправдательными приговорами свѣтскихъ судовъ, по обвиненіямъ въ многобрачіи и правомъ духовнаго суда расторгать въ этихъ случаяхъ второй бракъ существовали у насъ еще задолго до введенія судебныхъ уставовъ (авторъ обвиняетъ въ этомъ преимущественно судъ присяжныхъ). Такимъ образомъ, объ одномъ судебномъ дѣлѣ, разбиравшемся еще въ старыхъ судахъ, до насъ дошли слѣдующія свѣдѣнія. Жена при жизни перваго мужа вышла за другого,

вслѣдствіе ошибочнаго извѣстія военнаго начальства о томъ, что первый мужъ умеръ. Дѣло дошло до общаго собранія сената и оно признало, что хотя по церковнымъ правиламъ второй бракъ подлежитъ расторженію, а первый долженъ быть возстановленъ, но такъ какъ второй бракъ заключенъ въ доброй вѣрѣ о прекращеніи перваго, то виновная жена не только не должна быть подвергнута никакому наказанію, но самый бракъ (второй) долженъ быть признанъ дѣйствительнымъ въ томъ смыслѣ, что дѣти, отъ него происшедшія, суть законныя [1]). Въ другомъ дѣлѣ (по поводу котораго дано было упомянутое выше мнѣніе Мордвинова) случай былъ сходный. Жена, въ отсутствіе мужа, котораго считала умершимъ, вышла замужъ за другого и прижила нѣсколько дѣтей во второмъ бракѣ. Когда обнаружилось, что первый мужъ еще въ живыхъ, возникло дѣло въ синодѣ, причемъ большинство было за расторженіе второго брака, но одинъ епископъ былъ за признаніе второго брака дѣйствительнымъ. Мордвиновъ поддерживалъ послѣднее мнѣніе, но исходъ дѣла неизвѣстенъ. Вообще, двоебрачіе бываетъ у насъ нерѣдко не вслѣдствіе умышленнаго нарушенія закона, а какъ результатъ слѣдующихъ двухъ причинъ: 1) ошибочныхъ извѣстій военнаго начальства о смерти низшихъ воинскихъ чиновъ (сходство и неопредѣленность именъ въ простонародіи даютъ часто поводъ къ такимъ ошибкамъ), и 2) невѣрнаго пониманія народомъ значенія разныхъ видовъ ссылки (съ лишеніемъ всѣхъ правъ состоянія, что даетъ право на вступленіе въ новый бракъ или безъ онаго) [2]). Когда уголовному суду, будь это судъ коронный или присяжныхъ, представляется подобный случай, онъ не можетъ, безъ нарушенія закона и основныхъ требованій уголовной юстиціи, постановить иной приговоръ, кромѣ оправдательнаго. Чѣмъ виновата крестьянка, получившая формальное извѣстіе полковаго командира о томъ, что мужъ ея, находившійся на службѣ гдѣ-то за тридевять земель, волей Божіей помре, если она вышла за другого, а потомъ обнаруживается, что умеръ не ея мужъ, а другой Иванъ Андреевъ? Свѣтскій судъ, естественно, оправдаетъ обвиняемаго при такихъ условіяхъ, но, какъ мы видѣли, это не мѣшало сенату признать необходимость расторженія брака духовнымъ судомъ, согласно церковнымъ правиламъ. Воз-

[1]) Сборникъ рѣш. прав. сената, т. I, № 482.

[2]) Г. Ѳ. въ Суд. Журналѣ 1873 г., кн. 1, стр. 78.

можность такого разрѣшенія подобныхъ случаевъ и теперь вполнѣ та же, что и при старомъ судѣ. Такимъ образомъ, какъ нападки автора на оправдательные приговоры присяжныхъ, грозящіе будто бы поколебать авторитетъ церковныхъ правилъ и духовнаго суда въ дѣлахъ о многобрачіи, такъ и увѣренія его, что, при оправданіи свѣтскимъ судомъ, духовному начальству остается только санкціонировать второй бракъ при существованіи перваго —лишены всякаго основанія. Данныя дѣйствительной жизни и здѣсь опровергаютъ безсодержательныя умствованія противниковъ реформы.

V.

Мы всегда держались того мнѣнія, что главное значеніе предполагаемаго преобразованія духовно-судебной части, насколько оно касается дѣлъ брачныхъ, заключается въ томъ, что реформа эта выяснитъ безусловную необходимость дальнѣйшихъ измѣненій и въ матеріальномъ семейномъ правѣ. Доказать неудовлетворительность послѣдняго мы старались въ предыдущихъ статьяхъ, посвященныхъ этому предмету, и теперь пользуемся случаемъ, чтобъ представить нѣсколько новыхъ данныхъ и соображеній по одному изъ отдѣловъ дѣйствующаго церковно-гражданскаго права относительно семейнаго союза; причемъ снова выяснится вредное вліяніе исключительно церковнаго начала въ семейномъ законодательствѣ на практику судебныхъ мѣстъ по семейнымъ дѣламъ.

Мы имѣемъ въ виду вопросъ о юридическомъ значеніи предбрачныхъ договоровъ вообще, въ виду принятаго закономъ взгляда на бракъ, какъ на таинство. Вопросъ этотъ распадается на нѣсколько болѣе частныхъ вопросовъ, которые не всѣ могутъ подлежать здѣсь одинаково полному разсмотрѣнію. Мы ограничимся тѣми замѣчаніями, которыя болѣе соотвѣтствуютъ нашей преимущественно критической, а не догматической задачѣ.

1) Прежде всего тутъ представляется слѣдующій вопросъ; имѣетъ-ли договоръ о будущемъ вступленіи въ бракъ, по русскому праву, значеніе обязательства, требующаго исполненія? Самая постановка такого вопроса можетъ показаться читателю совершенно излишнею. По ст. 12 з. гр., „бракъ не можетъ быть совершенъ безъ взаимнаго и непринужденнаго согласія сочетающихся лицъ“. Статья эта понимается нашей судебной практикой въ томъ смыслѣ, что договоры о вступленіи въ бракъ не имѣютъ никакого вліянія на

свободу договаривающихся лицъ. По ст. 12 з. гр., говоритъ кассаціонный сенатъ въ одномъ рѣшеніи, право сторонъ на вступленіе въ бракъ не стѣсняется нисколько предшествовавшимъ обѣщаніемъ или соглашеніемъ [1]). Право каждаго изъ этихъ лицъ, говоритъ онъ въ другомъ рѣшеніи, ничѣмъ не ограничено и законъ не стѣсняетъ ихъ воли даже и послѣ даннаго согласія на вступленіе въ бракъ, которое, вслѣдствіе разныхъ случайностей въ жизни, можетъ быть свободно измѣняемо [2]). Эту теорію сената вполнѣ подтверждаетъ Буцковскій [3]).

Въ древней Россіи дѣло представлялось, правда, въ другомъ видѣ. Тогда, согласно съ греко-римскими гражданскими и церковными законами, которые въ этомъ отношеніи сходились съ народными понятіями, различались: гражданскій договоръ о будущемъ вступленіи въ бракъ и церковное его совершеніе, причемъ послѣднее распадалось на два акта: церковное обрученіе и затѣмъ вѣнчаніе. Церковное обрученіе рѣшительно обязывало къ вѣнчанію, согласно правиламъ церкви. Но даже гражданское обрученіе (сговоръ), повидимому, имѣло такую же силу. Неволинъ утверждаетъ, что рядная запись съ неустойкой не имѣла своимъ послѣдствіемъ обязанность къ заключенію брака, а лишь платежъ неустойки [4]), но у Котошихина находимъ слѣдующее извѣстіе: если кто смотрѣлъ невѣсту, а потомъ отъ брака и другихъ отговариваетъ (порочитъ невѣсту) того патріархъ „велитъ женить на ней сильно и только, если онъ вступилъ уже въ бракъ съ другимъ лицомъ, дѣло ограничивается тѣмъ, что онъ платитъ безчестье опороченной невѣстѣ“ [5]). Отсюда видно, что, при извѣстныхъ условіяхъ, духовное начальство допускало прямое принужденіе ко вступленію въ бракъ, какъ результатъ сговора, даже если церковнаго обрученія еще не было (покрайней-мѣрѣ смыслъ этого извѣстія таковъ). Петръ Великій, какъ извѣстно, старался противодѣйствовать тѣмъ азіятскимъ обычаямъ, въ силу которыхъ непринужденное согласіе брачущихся въ древней Россіи почти равнялось нулю. Отсюда указъ 1702 года, въ силу котораго, даже послѣ церковнаго обрученія, допускался свободный отказъ отъ брака. Это правило

[1]) Гр. касс. рѣш. 1871 г., № 1236.

[2]) Гр. касс. рѣш. 1870 г., № 403.

[3]) Очерки судебныхъ порядковъ, стр. 100.

[4]) Ист. росс. гражд. зак., т. I, § 101, стр. 224.

[5]) Котошихинъ, гл. XIII, 14.

указъ находитъ согласнымъ съ ученіемъ церкви („по правильному св. отецъ разсужденію"), что положительно невѣрно: какъ въ теоріи, такъ и въ практикѣ церковь всегда признавала обязательность церковнаго обрученія и равносильность его вѣнчанію. Указъ Петра, поэтому, есть нововведеніе гражданскаго законодательства, измѣнившаго, согласно своимъ видамъ, одинъ изъ существенныхъ пунктовъ церковнаго ученія о бракѣ (новое доказательство того, какъ основательны воззрѣнія нашего автора на неприкосновенность церковно-брачнаго права предъ свѣтскимъ закономъ). Въ 1775 г., однакожъ, постановлено: совершать церковное обрученіе одновременно съ вѣнчаніемъ. Такимъ образомъ, какъ утверждаетъ Неволинъ, со свойственнымъ ему оптимизмомъ, несогласіе между церковными и гражданскими законами (вызванное петровскимъ указомъ о необязательности церковнаго обрученія) было окончательно уничтожено. Сговоръ, какъ дѣйствіе гражданское, предоставленное совершенно произволу сторонъ, потерялъ свое юридическое значеніе; церковное обрученіе, сообразно смыслу древнихъ законовъ церкви, постановлено въ одинаковомъ значеніи и достоинствѣ съ церковнымъ вѣнчаніемъ [1]).

Въ дѣйствительности однакожъ, вопреки мнѣнію Неволина и всей нашей судебной практики, противорѣчіе между гражданскими и церковными законами относительно значенія сговора продолжаетъ существовать до-сихъ-поръ. Тогда какъ свѣтскій судъ, согласно гражданскому закону, признаетъ абсолютную необязательность обѣщанія вступить въ бракъ, церковное начальство смотритъ на этотъ предметъ далеко не такъ. Такъ, мы имѣемъ слѣдующія свѣдѣнія. Въ отдаленныхъ мѣстностяхъ восточной Сибири русскіе промышленники часто увозили у инородцевъ женщинъ иногда силой, иногда съ обѣщаніемъ жениться, а потомъ бросали ихъ. Алеуты часто приносили жалобы на это и въ 1814 г., вслѣдствіе такихъ жалобъ, нѣсколько промышленниковъ были принуждены законнымъ порядкомъ ко вступленію въ бракъ съ похищенными и увезенными; вѣнчаніе совершено было надлежащимъ церковнымъ порядкомъ [2]). Мы видимъ тутъ, какъ еще въ XIX столѣтіи, совершенно такъ же, какъ во времена Котошихина, духовныя и

---

[1]) Ист. росс. гр. зак., т. I, § 101, стр, 225.

[2]) Матеріалы для ист. русскихъ поселеній по берегамъ вост. океана, вып. 1 стр. 12.

свѣтскія власти одинаково придерживаются того взгляда, что обѣщаніе вступить въ бракъ, при извѣстныхъ условіяхъ, рождаетъ прямую обязанность исполненія, могущую быть вынужденной. Мы не можемъ себѣ представить, чтобъ и въ настоящее время, особенно въ мѣстахъ, не столь отдаленныхъ, какъ Камчатка, было возможно подобнаго рода понудительное вѣнчаніе. И однакожъ даже современность представляетъ примѣры, по характеру своему недалеко отстоящіе отъ только-что указаннаго. Такъ, петербургская духовная консисторія, указомъ 12 октября 1861 года, сдѣлала распоряженіе по епархіи, чтобъ священники не вѣнчали мѣщанина Фисенко съ другимъ лицомъ, кромѣ его невѣсты, дѣвицы Андреевой [1]). Намъ неизвѣстны подробности того случая, который вызвалъ это распоряженіе, но изъ самого указа ясно видно, что мѣщанинъ Фисенко обѣщалъ вступить въ бракъ съ Андреевой, и затѣмъ уклонялся отъ исполненія этого обѣщанія, и что духовное начальство признало обязательнымъ для него данное обѣщаніе, подъ страхомъ всегдашняго безбрачія. А такъ-какъ осужденіе на безбрачіе (чему равносильно предписаніе не вѣнчать данное лицо ни съ кѣмъ) есть весьма тяжкое наказаніе, особенно въ быту простонародія, то упомянутый указъ содержитъ положительное принужденіе ко вступленію въ бракъ вслѣдствіе предшествовавшаго сговора. Если предположить даже, что Фисенко не только далъ торжественное обѣщаніе жениться на Андреевой, но, пользуясь этимъ, обольстилъ ее, въ какомъ случаѣ онъ и по свѣтскому закону подвергается наказанію за отказъ отъ даннаго слова (ст. 1531 улож. о нак.), то и въ этомъ случаѣ указъ консисторіи находится въ рѣшительномъ противорѣчіи со смысломъ общаго закона. Тогда какъ свѣтскій законъ предоставляетъ обольстителю право вступить въ бракъ, съ кѣмъ пожелаетъ, если онъ предпочитаетъ потерпѣть опредѣленное наказаніе за неисполненіе обѣщанія, указъ консисторіи прямо отнимаетъ у него это право.

Читателю можетъ показаться, что приведенные факты слишкомъ отрывочны и единичны для того, чтобъ строить на нихъ общіе выводы. Но такой характеръ ихъ, очевидно, составляетъ результатъ полнаго отсутствія гласности въ дѣятельности духовнаго начальства, особенно по дѣламъ брачнымъ. Если при такихъ условіяхъ намъ дѣлаются извѣстными только немногіе и недостаточно

---

[1]) Духъ Христіанина за 1861 г., т. I, смѣсь, стр. 136.

выясненные факты, въ родѣ указанныхъ, то мы не имѣемъ никакого логическаго основанія думать, что они столь же единичны и случайны въ дѣйствительной жизни. Притомъ же довольно одного положительнаго факта, чтобъ опровергнуть научное значеніе любой гипотезы, если фактъ этотъ прямо противорѣчитъ данной гипотезѣ. Это столь же вѣрно въ юриспруденціи, какъ и въ области другихъ наукъ. Юристъ конструируетъ правовой институтъ на основаніи извѣстной идеи, опредѣленнаго принципа; но если мы видимъ, что въ дѣствительности этотъ институтъ представляетъ такія явленія, которыя рѣшительно опровергаютъ основное начало конструкціи, мы говоримъ: вся конструкція невѣрна; надо отыскать другую, согласующуюся со всѣми явленіями даннаго института. Теорія безусловной необязательности договора о бракѣ, съ точки зрѣнія церковнаго начала, положеннаго въ основаніе нашего брачнаго права, очевидно должна быть отвергнута, коль скоро мы видимъ, что само духовное начальство придерживается противоположнаго взгляда въ своей дѣятельности. Оно придерживается этого взгляда не только на практикѣ, но оффиціально возводитъ его въ свое ученіе о бракѣ. Мы встрѣчаемъ, напр., у одного церковнаго писателя слѣдующія положенія. Не допускается лишь такое принужденіе ко вступленію въ бракъ, которое не можетъ быть оправдано ни нравственными, ни положительными законами о бракѣ. Брачный союзъ есть такое дѣло, въ которомъ, независимо отъ положительныхъ внѣшнихъ законовъ, многаго требуетъ сама природа, многаго внутреннее чувство чести, благоприличія и совѣсти. Поэтому нельзя считать здѣсь дозволеннымъ все то, о чемъ умолчано въ законѣ [1]).

Въ результатѣ мы получаемъ слѣдующее явленіе, которое по истинѣ можно назвать юридическимъ курьезомъ перваго ранга. Гражданскій судъ, въ своемъ рвеніи охранять церковное понятіе о бракѣ, отрицаетъ безусловно всякое значеніе договора о будущемъ бракѣ, а духовное начальство, прямой истолкователь и примѣнитель церковнаго ученія, придерживается прямо противоположнаго взгляда на этотъ предметъ. Гражданскій судъ не признаетъ никакихъ, даже юридическихъ, мотивовъ основаніемъ для такого принужденія, духовный судъ допускаетъ прямое или косвенное понужденіе по однимъ „нравственнымъ“ соображеніямъ.

---

[1]) Правосл. Собес., 1859 г., ч. 2, стр. 380, 371.

Выходитъ, что свѣтскій судъ, въ рвеніи охранять чистоту церковнаго ученія о бракѣ, оказывается plus royaliste que le roi même и, конечно, только потому, что не имѣетъ никакого понятія о принципахъ, руководящихъ духовнымъ судомъ въ этихъ дѣлахъ, что объясняется отсутствіемъ гласности въ этомъ послѣднемъ. Вообще же взглядъ судебной практики на этотъ вопросъ, послѣ изложеннаго выше, несомнѣнно представляется однимъ крупнымъ недоразумѣніемъ. Нужно ли еще другихъ доказательствъ хаотическаго состоянія нашего права по этому предмету?

2) Но если и справедливо, что никто не можетъ обязать себя ко вступленію въ бракъ съ извѣстнымъ лицомъ, то не можетъ-ли лицо быть принуждено къ этому другими? Этотъ вопросъ представляется еще менѣе сомнительнымъ, чѣмъ предыдущій. Буквальный смыслъ ст. 12 зак. гр. («непринужденное согласіе») доказываетъ, что по мысли нашего закона, согласно правиламъ церкви, самоопредѣленіе лица въ дѣлѣ брака не можетъ быть измѣняемо другими лицами. «Строго охраняя чистое понятіе о бракѣ, какъ о самостоятельномъ союзѣ двухъ лицъ, церковь держалась всегда того правила, что существенно въ бракѣ взаимное согласіе брачущихся» [1]). «При заключеніи брака всегда предполагается взаимное согласіе брачущихся» [2]). И однакожъ вопросъ въ дѣйствительности представляется въ нѣсколько иномъ видѣ, чѣмъ можно полагать на основаніи этихъ безусловныхъ мнѣній.

Во-первыхъ, что касается прежняго времени, особенно допетровской Россіи, то, вопреки воззрѣніямъ г. Елагина и писателей его лагеря, церковный взглядъ на абсолютную необходимость непринужденнаго согласія брачущихся никогда не проникалъ въ нашу дѣйствительность того времени. Мы видѣли уже, что духовное начальство допускало встарину и даже въ началѣ XIX столѣтія принужденіе къ браку вслѣдствіе даннаго обѣщанія, похищенія или обольщенія женщины. Не менѣе подвергаема была свобода брачущихся вліянію постороннихъ цѣлей и соображеній. Такимъ образомъ, интересы самой церкви побуждали начальство принимать на себя роль устроителя браковъ, независимо отъ желаній брачущихся. Мы знаемъ, напр., что въ инструкціяхъ сибирскимъ воеводамъ предписывалось обыкновенно, что если язычница изъ

---

[1]) Побѣдоносцевъ, Курсъ гр. права, ч. 2, стр. 20.

[2]) Баснинъ въ Юр. Вѣст. 1872 г., кн. 8, стр, 5.

туземныхъ инородцевъ захочетъ принять православіе, то крестить ее и выдавать замужъ за православныхъ [1]). Съ другой стороны, соображенія государственной пользы побуждали правительство, не справляясь съ церковнымъ ученіемъ, устроивать браки подданныхъ не только безъ ихъ желанія, но прямо противъ ихъ воли. Объ этомъ свидѣтельствуетъ слѣдующій любопытный фактъ. Въ 1649 г. воевода кузнецкій (въ Сибири) жаловался царю, что пашенные крестьяне не хотятъ выдавать своихъ дочерей и племянницъ за поселенныхъ тамъ на пашню преступниковъ. Воевода взыскивалъ съ нихъ за это по 5 рубл. пени, но крестьяне упорствовали въ своемъ нежеланіи вступать въ родство съ ссыльными преступниками. Государь предписалъ: *обязать* крестьянъ выдавать дочерей и племянницъ за ссыльныхъ, „чтобы тѣмъ отъ побѣгу унять ихъ и укрѣпить", а если не захотятъ подчиниться, то будутъ брать съ нихъ пеню большую [2]). Этотъ замѣчательный указъ доказываетъ, что интересы государственные считались московскимъ правительствомъ достаточнымъ основаніемъ для принятія такихъ мѣръ, которыя нельзя характеризовать иначе, какъ прямымъ побужденіемъ ко вступленію въ бракъ, подъ страхомъ большихъ, хотя и денежныхъ наказаній. Правительство было заинтересовано въ томъ, чтобъ сдѣлать поселенныхъ ссыльныхъ осѣдлыми; для этого нужно было доставить имъ возможность найти женъ по близости и оно нисколько не задумалось обязать окрестныхъ жителей выдавать женщинъ за поселенцевъ. Затѣмъ интересы сословно-общественнаго строя вызывали весьма обыкновенное вліяніе однихъ лицъ на браки другихъ. Такъ, извѣстно, что бояре выдавали замужъ и женили своихъ людей иногда и «чрезъ неволю», т. е. прямо противъ ихъ желанія [3]), а что браки крестьянъ устроивались, до самой отмѣны крѣпостного права, ихъ владѣльцами, не справляясь о желаніи брачущихся — это фактъ, слишкомъ извѣстный для того, чтобы представлять здѣсь доказательства. Церковь весьма рѣдко принимала мѣры противъ такихъ вынужденныхъ браковъ и вообще признавала законность существовавшаго въ этомъ отношеніи порядка вещей.

Независимо отъ этихъ ограниченій свободы брака, основанныхъ

---

[1]) См. напр. А. И., т. IV, № 240.

[2]) А. И., т. IV, № 27.

[3]) Котошихинъ, XIII, 14.

на идеѣ общественнаго интереса въ разныхъ ея примѣненіяхъ, какъ обще правило признавалось право родителей устраивать браки своихъ дѣтей. Договоры подобнаго рода между родителями обоихъ брачущихся совершались по общему для всѣхъ договоровъ порядку. Мы встрѣчаемъ, напр., свѣдѣнія о томъ, какъ двое боярь договорились между собой (половина XVII вѣка) о бракѣ своихъ дѣтей; предварительное соглашеніе состоялось словесно, но съ условіемъ совершить потомъ письменный договоръ на основаніи первоначальныхъ условій [1]).

Если затѣмъ обратиться къ дѣйствующему праву, то найдемъ, что ученіе о безусловности „непринужденнаго согласія" *брачущихся* подлежитъ и здѣсь нѣкоторымъ *ограниченіямъ*.

а) Прежде всего слѣдуетъ отмѣтить внутреннее разнорѣчіе по этому предмету между постановленіями гражданскихъ и уголовныхъ законовъ. Уложеніе о наказ. (изд. 1866 г., ст. 1586) запрещаетъ, подъ страхомъ опредѣленнаго наказанія, всѣмъ вообще гражданамъ, безъ различія исповѣданія, принужденіе дѣтей (или подъопечныхъ) ко вступленію въ бракъ. Гражданскіе же законы въ опредѣленіи условій дѣйствительности браковъ исходятъ изъ того основнаго положенія, что бракъ дѣйствителенъ, если заключенъ согласно правиламъ исповѣданія брачущихся. А такъ какъ нѣкоторыя исповѣданія признаютъ за родителями право устраивать браки дѣтей помимо воли послѣднихъ, то по гражданскимъ законамъ правило ст. 12 зак. гр. („непринужденное согласіе") не вполнѣ примѣнимо къ лицамъ этихъ исповѣданій. Такъ посмотрѣло на этотъ вопросъ (и юридически совершенно правильно) общее собраніе сената по одному дѣлу въ 1846 г. (слѣдовательно, уже послѣ изданія улож. о нак.). Возникъ вопросъ о томъ, обязательны ли для малолѣтнихъ магометанъ условія о бракѣ, заключенныя ихъ родителями. Оренбургское магометанское духовное правленіе расторгнуло бракъ одной магометанки вслѣдствіе того, что родители въ ея малолѣтствѣ обѣщали выдать ее за другаго. По жалобѣ ея, дѣло дошло до сената. Министръ юстиціи находилъ справедливымъ не считать обязательнымъ для просительницы обѣщаніе, данное безъ ея согласія родителями. Но сенатъ нашелъ, что по магометанскимъ правиламъ подобныя условія родителей имѣютъ юридическую силу и потому утвердилъ опредѣленіе духовнаго

---

[1]) См. Архивъ Калачева за 1860—61 гг., кн. 1, смѣсь, стр. 6.

правленія [1]). Недавно въ симферопольскомъ окружномъ судѣ разбиралось дѣло по обвиненію родителей-магометанъ въ принужденіи дочери къ браку. Судъ оправдалъ ихъ вслѣдствіе недоказанности насилія. Корреспондентъ, сообщающій объ этомъ дѣлѣ, замѣчаетъ, что у татаръ обычай распоряжаться произвольно бракомъ дѣтей весьма распространенъ, но что нашъ законъ смотритъ на это совершенно иначе [2]). Это послѣднее, какъ видно изъ сказаннаго выше, справедливо только отчасти. Для человѣка, разсуждающаго съ точки зрѣнія здраваго смысла, кажется вполнѣ естественнымъ и послѣдовательнымъ, что если законъ запрещаетъ принуждать дѣтей ко вступленію въ бракъ, значитъ, онъ запрещаетъ такіе браки, считаетъ ихъ недѣйствительными; но по нашему брачному праву, находящемуся въ періодѣ броженія и борьбы разнородныхъ началъ и идей, такое разсужденіе невѣрно, ибо всѣ указанныя въ гражданскомъ законѣ условія дѣйствительности брака обязательны для лицъ разныхъ исповѣданій лишь настолько, насколько условія эти соотвѣтствуютъ ученію даннаго исповѣданія.

б) Затѣмъ слѣдуетъ имѣть въ виду, что не всякое насиліе со стороны родителей можно считать запрещеннымъ по дѣйствующему праву. Г. Филипповъ упрекаетъ наше законодательство въ томъ, что оно запрещаетъ лишь грубое физическое насиліе со стороны родителей въ принужденіи дѣтей къ браку. Г. Мулловъ не безъ основанія замѣчаетъ на это, что законъ не имѣетъ такого смысла и отвергаетъ одинаково и психическое насиліе, но жизнь (правильнѣе было бы сказать: общій духъ нашего праваго быта) относится къ этому предмету иначе [3]). Какъ снисходительно смотритъ нашъ юридическій бытъ на принужденіе со стороны родителей ко вступленію въ бракъ доказываютъ разсужденія по этому предмету г. Побѣдоносцева [4]). Между прочимъ, онъ полагаетъ, что только физическое насиліе можетъ быть доказано надлежащимъ образомъ, но что психическое принужденіе вовсе не можетъ быть доказано, особенно послѣ того, какъ брачущіеся торжественными словами, произнесенными при вѣнчаніи, удостовѣрили свое свободное согласіе. Этотъ взглядъ какъ нельзя болѣе гармонируетъ съ общимъ духомъ нашей практики, считаю-

[1]) Сборн. рѣш. сената, т. I, № 218.

[2]) См. Суд. Вѣстн., 1874 г., № 65.

[3]) Архивъ Калачева, 1860 г., кн. 3, стр. 12.

[4]) Курсъ гр. права, ч. 2, стр. 18—23.

щей невозможнымъ, во-первыхъ, доказательство психическаго факта вообще (въ гражданскомъ процессѣ) и, во-вторыхъ, опроверженіе формальнаго юридическаго дѣйствія (actus legitimus) неформальными данными, напр. свидѣтелями. Стало-быть, если законъ и запрещаетъ психическое принужденіе дѣтей къ браку, какъ полагаетъ г. Мулловъ, то запрещеніе это не имѣетъ юридическаго значенія, въ виду указаннаго направленія судебной практики. Ясно, что нашъ правовой бытъ, въ отличіе отъ западно-европейскаго, находится въ этомъ отношеніи (какъ и во многихъ) на уровнѣ римскаго права, которое полагало, что бракъ, заключенный по принужденію отца, дѣйствителенъ (I. XXII D. 23. 2). Правило это объясняется той зависимостью filius familias отъ главы семейства, которая всегда признавалась римскимъ правомъ основаніемъ семейнаго строя. Если для дѣйствительности брака безусловно необходимо разрѣшеніе отца, то послѣдовательно допустить, что главное значеніе при бракѣ имѣетъ воля не самихъ брачущихся, но ихъ родителей [1]).

3) Мнѣніе о полной свободѣ воли брачущихся не вполнѣ вѣрно еще въ другомъ направленіи—относительно права выбора жениха или невѣсты по своему усмотрѣнію. Встарину, когда сословная рознь служила краеугольнымъ камнемъ общественнаго устройства Россіи, ограниченія въ этомъ смыслѣ были весьма многочисленны и обширны. Бояре вообще женили своихъ людей только между собой, а не съ людьми другихъ вотчинниковъ [2]). Выше мы указали, что государственные законы запрещали подъ страхомъ смертной казни лицамъ нѣкоторыхъ состояній вступленіе въ бракъ съ лицами другихъ сословій. Мы видѣли также, что духовное начальство распоряжалось въ этомъ отношеніи своими крестьянами въ томъ же духѣ, какъ всѣ другіе вотчинники. Въ настоящее время, по замѣчанію упомянутаго выше церковнаго писателя, есть много законныхъ условій, ограничивающихъ свободу выбора въ бракѣ [3]). Независимо отъ ограниченій этого рода, установленныхъ въ самомъ законѣ (главное ограниченіе — различіе исповѣданій), даже администрація считаетъ себя вправѣ установлять исключительныя мѣры съ подобнымъ характеромъ. Такъ, извѣстно, что графъ Муравьевъ запретилъ чиновникамъ сѣверозападнаго края

---

[1]) System d. erworbenen Rechte, I, 92.

[2]) Котошихинъ, гл. XIII, 16.

[3]) Правосл. Собес. 1859 г., кн. 2, стр. 379.

вступать въ бракъ съ лицами польскаго происхожденія; запрещеніе это существуетъ до сихъ поръ [1]).

4) Принимая за общее правило, что сговоръ или обѣщаніе вступить въ бракъ не обязываетъ къ исполненію обѣщаннаго, спрашивается: не можетъ ли это дѣйствіе имѣть какія-нибудь другія юридическія послѣдствія, именно не обязываетъ ли оно къ вознагражденію убытковъ, происшедшихъ для другой стороны отъ нарушенія обѣщанія? Въ другомъ мѣстѣ мы говорили уже объ этомъ предметѣ и, не повторяя здѣсь сказаннаго прежде, ограничимся дополнительными замѣчаніями въ предѣлахъ нашей теперешней задачи. Извѣстны тѣ рѣшенія кассаціоннаго сената, въ которыхъ проводится тотъ взглядъ, что такъ какъ бракъ есть таинство и требуетъ непринужденнаго согласія, то никто не можетъ подвергаться никакой отвѣтственности за отказъ отъ обѣщанія вступить въ бракъ. Впослѣдствіи сенатъ нѣсколько смягчилъ свой взглядъ, допустивъ слѣдующую оговорку: если въ отказѣ былъ предумышленный обманъ, то виновный подлежитъ преслѣдованію за противозаконный поступокъ [2]). По общему у насъ мнѣнію, этотъ взглядъ, по которому принципъ ст. 684 з. гр. непримѣнимъ къ тому, кто отказывается отъ даннаго обѣщанія вступить въ бракъ, составляетъ необходимое послѣдствіе основнаго начала нашего брачнаго права (бракъ есть таинство). Такъ, г-жа Ефименко, упомянувъ объ указанныхъ рѣшеніяхъ сената, говоритъ: „выводъ сената слѣдуетъ считать правильнымъ, если принимать въ строгомъ смыслѣ положеніе: бракъ есть таинство. Но какъ идеальное христіанское воззрѣніе на бракъ неосуществимо въ дѣйствительности во всей его полнотѣ, то и не слѣдуетъ примѣнять такъ строго выводы изъ этого воззрѣнія“ [3]).

Я рѣшительно не раздѣляю этого мнѣнія. Гражданская безнаказанность отказа отъ брака нисколько не вытекаетъ изъ церковнаго воззрѣнія на сущность брака. Это доказывается, во-первыхъ, исторически. Духовный судъ встарину признавалъ обязанность вознагражденія убытковъ въ этомъ случаѣ. Самъ патріархъ присуждалъ къ платежу неустойки, выговоренной въ рядной записи [4]).

---

[1]) Суд. Вѣстн.. 1872 г., № 36.

[2]) Гр. касс. рѣш. 1872 г., № 1015.

[3]) Знаніе за 1874 г., кн. 1, стр. 31.

[4]) Котошихинъ, гл. XIII, 4.

Свѣтскій судъ тоже принималъ къ своему разсмотрѣнію подобныя дѣла. Такъ, до насъ дошло дѣло такого рода: крестьянинъ жалуется гражданскому суду на другаго крестьянина, что тотъ взялъ у него 5 рублей и вещи и обѣщалъ за то выдать за просителя свою дочь, но не исполняетъ обѣщанія и не возвращаетъ взятаго имущества. Судъ принялъ жалобу и допросилъ свидѣтелей истца, рѣшеніе неизвѣстно (1696 г.) [1]. Спрашивается: кто же компетентнѣе въ вопросѣ о юридическихъ послѣдствіяхъ церковнаго ученія о бракѣ—патріархи или кассаціонный сенатъ? Что духовное начальство древней Россіи дѣйствовало при этомъ согласно церковнымъ правиламъ не подлежитъ никакому сомнѣнію, ибо ученіе греческой церкви по этому предмету представляется въ слѣдующемъ видѣ. Въ Римѣ былъ обычай, что женихъ при сговорѣ давалъ задатокъ (arrha sponsalitia), и если бракъ не состоялся по его винѣ, то онъ терялъ задатокъ, если по винѣ невѣсты, то онъ получалъ его вдвое, если безъ вины обѣихъ сторонъ, то женихъ получалъ обратно свой задатокъ. Этотъ порядокъ удержался и въ Византіи и получилъ санкцію церкви. Что касается неустойки, то римское право вовсе ее не допускало, но императоръ Левъ Философъ разрѣшилъ договоры о неустойкѣ въ виду того, что задатокъ недостаточно обезпечиваетъ обѣщаніе брака. Церковь приняла и это постановленіе, но съ слѣдующимъ различіемъ. Неустойка по договору самихъ брачущихся недѣйствительна, ибо нарушаетъ свободу воли относительно брака; но договоръ о неустойкѣ между другими лицами, напр., родителями или другими родственниками, даетъ право иска, хотя, разумѣется, не даетъ права требовать принужденія къ самому браку [2]) Ясно, что взглядъ кассаціоннаго сената не находитъ подтвержденія въ ученіи церкви и, слѣдовательно, выводить этотъ взглядъ изъ того положенія, что „бракъ есть таинство“, не представляется достаточныхъ основаній. По нашему мнѣнію, путаница въ понятіяхъ нашихъ юристовъ по этому предмету происходитъ отъ неправильнаго пониманія значенія петровскаго указа 1702 г. о недопущеніи условія о неустойкѣ въ рядныхъ записяхъ (ст. 1008 з. гр.). Наши юристы толкуютъ этотъ законъ такимъ образомъ. Неустойка есть ни что иное, какъ

---

[1]) Описаніе кунгурскихъ актовъ (Лѣтоп. занятій археогр. коммиссіи, вып. 1), стр. 35.

[2]) Цисманъ, Das Eherecht d. orient. Kirche, S. 648, 650 sqq.

придаточное обязательство, заранѣе опредѣляющее цифру вознагражденія за вредъ и убытокъ отъ могущаго послѣдовать неисполненія главнаго обязательства. Платежъ договорной неустойки, по существу своему, есть вознагражденіе убытковъ въ другой формѣ. Указъ 1702 г. запретилъ неустойку въ предбрачныхъ договорахъ съ прямо выраженной цѣлью—предоставить сговореннымъ полную свободу отказа отъ брака безъ косвеннаго понужденія ихъ опасеніемъ имущественной отвѣтственности. Стало быть, всякая такая отвѣтственность въ подобныхъ случаяхъ, будетъ ли она состоять въ платежѣ неустойки, убытковъ, потерѣ задатка или возвращеніи его вдвойнѣ и т. под., должна быть отвергнута по мысли закона; ибо если мы устранимъ одинъ видъ этой отвѣтственности и допустимъ другіе его виды, то цѣль закона не будетъ достигнута. Эта аргументація, несмотря но кажущуюся основательность, въ сущности невѣрна. Существо неустойки не въ томъ только состоитъ, что она обезпечиваетъ контрагенту право на вознагражденіе убытковъ при нарушеніи договора другимъ контрагентомъ: это право принадлежитъ ему въ силу закона и не нуждается въ санкціи договора Особенность этого института заключается въ томъ: 1) что кредиторъ освобождается отъ обязанности доказывать, что онъ понесъ убытки отъ неисполненія договора,—фактъ этотъ предполагается, и 2) что самый размѣръ этихъ убытковъ заранѣе опредѣленъ самими контрагентами, вслѣдствіе чего кредиторъ не обязанъ его доказывать, а дебиторъ не можетъ его опровергать (т.-е. доказывать, что истецъ имѣлъ меньше убытковъ, чѣмъ опредѣлено неустойкой) [1]. Имѣя въ виду эти особенности неустойки, нельзя распространять на другіе виды вознагражденія убытковъ тѣ постановленія, которыя относятся къ неустойкѣ. Когда кто ищетъ убытковъ, онъ обязанъ доказать: 1) что понесъ убытки, и 2) что они простираются до такой цифры; судъ имѣетъ возможность присуждать лишь то, что доказано и слѣдуетъ по справедливости, quod aequum et bonum. Но въ искѣ о неустойкѣ отвѣтчикъ заранѣе отданъ въ жертву истцу и судъ не въ состояніи ему помочь въ общемъ порядкѣ. Неустойка представляетъ большую опасность закабаленія, такъ-сказать, неисправнаго отвѣтчика въ пользу кредитора. Вотъ почему нѣкоторыя иностранныя законодательства даютъ суду право, въ отступленіе отъ об-

[1] См. Pандо. Zur Lehre von den Zinsen und der Conventionalstrafe. S. 31.

щаго начала, уменьшать по своему усмотрѣнію размѣръ присуждаемой договорной неустойки, если окажется, что она несоразмѣрно велика. Именно эта возможность заранѣе опредѣлять по произволу размѣръ неустойки и вызвала тѣ злоупотребленія, противъ которыхъ возстало законодательство Петра. По свидѣтельству Котошихина, въ древней Россіи часто бывали обманы при бракахъ (т.-е. выдавали не тѣхъ невѣстъ, которыхъ смотрѣли уполномоченные жениховъ), но большія неустойки служили къ тому, чтобъ принуждать жениха ко вступленію въ бракъ, если даже обманъ обнаруживался до свадьбы [1]). Противъ этого-то зла возсталъ Петръ, и такъ какъ по духу того времени и общему характеру нашей судебной организаціи нельзя было и думать о предоставленіи суду уменьшать размѣръ неустойки по своему усмотрѣнію, да эта мѣра и не могла бы при тогдашнихъ условіяхъ принести надлежащей пользы, то Петръ, по своему обыкновенію, поступилъ рѣшительно: запретилъ вовсе договариваться о неустойкѣ предъ бракомъ. Изъ сказаннаго ясно, что ст. 1008, по смыслу и цѣли своей, не можетъ быть распространяема на взысканіе убытковъ отъ невступленія въ бракъ, такъ какъ здѣсь нѣтъ тѣхъ фактическихъ условій, которыя вызвали этотъ законъ. Это подтверждается и примѣромъ иностранныхъ законодательствъ. Римское право, какъ мы упоминали уже, неустойки въ предбрачномъ договорѣ не допускало, но признавало потерю задатка, т.-е. другой видъ имущественной отвѣтственности, не представляющій такихъ опасностей, какъ неустойка. Австрійскій законъ (§§ 45 и 46 a. b. G. B.) отрицаетъ силу неустойки, но признаетъ искъ объ убыткахъ. Тоже по итальянскому кодексу (§§ 53 и 54). Ясно, что запрещеніе неустойки въ рядныхъ записяхъ нисколько не влечетъ за собой, какъ логическій выводъ, недопущеніе иска объ убыткахъ.

Съ другой стороны, слѣдуетъ имѣть въ виду, что самое запрещеніе неустойки, какъ мѣра охраненія свободы брака, объясняется только крайне несовершеннымъ состояніемъ нашего гражданскаго законодательства и судебной практики. Сама по себѣ, неустойка въ предбрачномъ договорѣ можетъ быть согласована съ разумной охраной свободы брачущихся при развитой правовой системѣ. Доказательствомъ этого служитъ прусскій кодексъ, который допу-

[1]) Котошихинъ, XIII, 10.

скаетъ неустойку при обрученіи, но обставляетъ взысканіе ея такими условіями, что опасаться вреднаго давленія на свободу брачущихся невозможно. Всѣ тѣ обстоятельства, которыя служатъ законною причиною развода, и многія другія даютъ право отступить объ обѣщаннаго брака. Есть и другія ограниченія случаевъ, при которыхъ отказъ считается незаконнымъ и возникаетъ право на взысканіе договорной неустойки. Еслибъ наша до-петровская судебная практика примѣняла законъ о неустойкѣ такимъ же образомъ, то не было бы возможности взыскивать неустойку при обманѣ въ лицѣ невѣсты (см. выше), и вообще немыслимы были бы тѣ злоупотребленія, которыя вынудили Петра запретить неустойку въ рядныхъ записяхъ. Изъ свидѣтельства Котошихина (XIII, 4), правда, видно, что духовный судъ допускалъ нѣкоторыя уважительныя причины отказа, освобождавшія, повидимому, и отъ платежа неустойки, но, вообще, грубый формализмъ судебной практики, недопускающій доказательствъ психическихъ моментовъ, долженъ былъ весьма затруднять въ то время (какъ и теперь) оспориванье договорной неустойки. Отсюда (а не изъ самой сущности института) вытекла необходимость ея запрещенія.

Другое основаніе къ ошибочной теоріи сената заключается въ неправильномъ пониманіи юридическаго принципа: nullus videtur dolo facere qui jure suo utitur. Сенатъ разсуждаетъ въ относящихся сюда рѣшеніяхъ такимъ образомъ. Законъ даетъ каждому безусловное право на свободный выборъ лица для вступленія въ бракъ: слѣдовательно, отказываясь отъ даннаго кому-либо обѣщанія брака, я дѣйствую въ предѣлахъ предоставленнаго мнѣ закономъ права и потому не могу подлежать за послѣдствія этого поступка никакой отвѣтственности предъ другими лицами, хотя бы они понесли отъ этого ущербъ. Невѣрность этого разсужденія доказывается слѣдующимъ. Римскихъ юристовъ, конечно, нельзя упрекнуть въ непослѣдовательности и непониманіи природы различныхъ правовыхъ институтовъ. Однакожъ, хотя они первые формулировали упомянутый тезисъ (nemo videtur etc.) и хотя они запрещали неустойку именно вслѣдствіе необходимости ограждать свободу брака quia inhonestum visum est, vinculo poenae matrimonium adstringi—l. 71 § 1 D. XXXV, 1); однакожъ они допускали имущественную отвѣтственность при отказѣ въ видѣ потери задатка. Точно также австрійскій кодексъ (§ 1305) постановляетъ: кто пользуется своимъ правомъ въ законныхъ предѣлахъ,

тотъ не отвѣчаетъ за убытокъ, происходящій отъ этого для другихъ; и однакожъ, какъ упомянуто выше, онъ положительно допускаетъ искъ объ убыткахъ отъ неисполненія обѣщанія вступить въ бракъ. Это кажущееся противорѣчіе легко объясняется, если вникнемъ поглубже въ содержаніе упомянутаго римскаго начала. Законъ предоставляетъ каждому лицу извѣстныя основныя права, напр. право собственности, состоящее въ неограниченной свободѣ пользованія и распоряженія своимъ имуществомъ, свободу вступать въ договоры, закономъ не воспрещенные, свободу брака и т. под. Пользованіе этими правами можетъ нанести ущербъ другимъ лицамъ, когда какая-нибудь перемѣна въ образѣ дѣйствій одного лица отнимаетъ у другого выгоды, которыми онъ уже пользовался или разсчитывалъ пользоваться. Напр., я застраиваю мѣсто въ моемъ дворѣ и тѣмъ отнимаю свѣтъ или видъ (prospectus) у моего сосѣда, который до сихъ поръ ими пользовался, не имѣя на то ни договорнаго, ни легальнаго сервитута. Сосѣдъ не имѣетъ никакого иска по этому поводу, ибо non videtur alterum laedere, qui jure suo utitur. Но если мои дѣйствія на моемъ дворѣ наносятъ прямой ущербъ сосѣду, уменьшая цѣнность его имущества, напр., паръ или дымъ моей фабрики портитъ его садъ или строенія, тогда я обязанъ вознаградить его, ибо мое право собственности тутъ сталкивается съ такимъ же правомъ собственности моего сосѣда. Словомъ, пока мое пользованіе законнымъ правомъ наноситъ только ущербъ *фактическому* интересу другаго, я не подлежу за это никакой отвѣтственности. Но когда оно нарушаетъ *правовые* интересы другого, я обязанъ къ вознагражденію, ибо тѣмъ самимъ, что мои дѣйствія нарушаютъ не только выгоды, но и права другого, доказывается, что я не пользуюсь только своимъ правомъ, но вышелъ за его предѣлы: мои права кончаются тамъ, гдѣ начинаются права другого [1]).

Примѣняя эти соображенія къ занимающему насъ вопросу, найдемъ слѣдующее. Непринужденная свобода воли брачущагося при самомъ вступленіи въ бракъ есть такое же основное начало семейнаго права у современныхъ народовъ, какъ неограниченная свобода распоряженія своимъ имуществомъ, составляетъ основу всего имущественнаго права. Поэтому и здѣсь и тамъ, если я мѣняю status quo, пользуясь упомянутыми правами, и отъ этого про-

[1]) См. объ этомъ A. Mages, Ueber Nachbarrecht, 1871 г., особенно S. 42.

исходитъ нарушеніе фактическихъ выгодъ другого лица, я не подвергаюсь никакой отвѣтственности. Слѣдовательно, никто не можетъ требовать вознагражденія за потерю тѣхъ выгодъ, на которыя онъ разсчитывалъ отъ обѣщаннаго, но несостоявшагося брака. На эти выгоды лицо имѣетъ не право, а надежду или ожиданіе (чисто фактическое), подобно тому, какъ я могу имѣть выгоды отъ извѣстнаго способа хозяйничанья моего сосѣда, не имѣя на эти выгоды никакого права. Но если обѣщаніе жениха ввело невѣсту въ расходы, т.-е. уменьшило составъ имущества, на которое она имѣетъ положительное *право* собственности (столь же охраняемое закономъ, какъ право жениха на свободный бракъ), то, значитъ, женихъ въ своихъ дѣйствіяхъ вышелъ за предѣлы своего права и потому обязанъ возмѣстить расходы, такъ же какъ убытки отъ потери рабочаго времени и т. п. Различіе это такъ ясно, что нѣтъ надобности распространяться о немъ больше, и оно-то объясняетъ возможность совмѣстнаго существованія безъ противорѣчія принципа: nullus videtur etc. и обязанности вознагражденія убытковъ отъ отказа брачущихся.

Упомянутая оговорка позднѣйшаго кассаціоннаго рѣшенія (въ случаѣ обмана, отказывающійся отвѣчаетъ за противозаконный поступокъ) доказываетъ только то, что самъ сенатъ сознаетъ, хотя только инстинктивно, невѣрность и несправедливость своей теоріи по этому предмету. Юридическаго значенія этой оговоркѣ нельзя придавать. Во-первыхъ, наше законодательство вовсе не признаетъ того начала, что всякій обманъ, имѣвшій вліяніе на имущественные интересы другого, поэтому уже наказуемъ. Во-вторыхъ, уголовный или неуголовный характеръ дѣянія не вліяетъ на гражданскія его послѣдствія (ст. 684 зак. гр.), а лишь на уголовную его наказуемость; сенатъ же имѣлъ дѣло съ вопросомъ объ имущественныхъ послѣдствіяхъ неисдержаннаго обѣщанія вступить въ бракъ. Въ-третьихъ, понятіе „противозаконнаго поступка" вовсе не есть юридическое, ибо сюда относятся не только деликтъ, но и quasi-деликтъ и даже простое неисполненіе обязательства.

Наконецъ, слѣдуетъ имѣть въ виду еще то различіе, которое, какъ мы видѣли, дѣлаетъ ученіе греческой церкви между неустойкой по договору самихъ брачущихся и по договору другихъ лицъ. Если мое право на свободу брака можетъ безнаказанно для меня вредить имущественнымъ интересамъ лица, которому дано мое обѣщаніе, то совершенно непонятно, какимъ образомъ это мое

право можетъ безнаказанно нарушать права третьихъ лицъ, юридически непричастныхъ брачному договору, стоящихъ въ сторонѣ отъ правъ и обязанностей, могущихъ возникнуть отъ брачнаго отношенія, напр. родителей другой стороны, понесшихъ расходы вслѣдствіе неисполненнаго моего обѣщанія? Взглядъ греческой церкви для русскаго права, признающаго ученіе православной церкви основой брачнаго союза, долженъ имѣть, безспорно большое значеніе, не говоря уже о томъ, что взглядъ этотъ и юридически совершенно основателенъ.

Въ результатѣ по этому вопросу получаемъ слѣдующее.

И здѣсь, какъ въ вопросѣ о значеніи предбрачнаго договора относительно самой обязанности вступленія въ бракъ, наша свѣтская судебная практика невѣрно понимаетъ принципы церковнаго ученія о бракѣ, приписывая имъ такую абсолютность, которой не признаетъ ни каноническое право, ни практика духовнаго вѣдомства. Съ точки зрѣнія юридической, теорія сената о невозможности имущественной отвѣтственности за отказъ отъ брака такъ же невѣрна, какъ и съ канонической. Она основана на неправильномъ пониманіи историческаго и догматическаго смысла ст. 1008 зак. гр. Она, далѣе, противорѣчитъ правовымъ понятіямъ общества, рѣшительно признающаго такую отвѣтственность. Это доказывается, во-первыхъ, рѣшеніями волостныхъ судовъ, вездѣ присуждающихъ убытки отъ подобныхъ отказовъ, особенно если они лишены разумныхъ основаній. Во-вторыхъ, не только въ крестьянскомъ, но и въ городскомъ поселеніи обычай этотъ сохранился до сихъ поръ. Такъ, мы имѣемъ свидѣтельство одного этнографа, что въ Калязинѣ существуетъ слѣдующій обычай: „дача плата“ (т. е. платка) невѣстой жениху считается торжественнымъ обѣщаніемъ брака, и въ случаѣ отказа послѣ этого обряда отъ обѣщанія брака виновная сторона должна возмѣстить другой сторонѣ всѣ расходы по случаю ожидавшагося брака [1]). Въ-третьихъ, мировой судъ служитъ такимъ же достовѣрнымъ органомъ указаннаго народнаго убѣжденія. Не только до рѣшеній сената, установившихъ безнаказанность отреченій отъ брака, но и послѣ нихъ встрѣчаются рѣшенія мировыхъ судей, уклоняющіяся отъ сенатскаго взгляда. Такъ, въ 1873 г. мировой судья въ Петербургѣ присудилъ дѣвицѣ убытки

---

[1]) Записка о Калязинѣ въ архивѣ Калачева за 1860 г., кн. 2, стр. 79.

съ мужчины, который обѣщалъ жениться на ней, но не сдержалъ обѣщанія [1]). Мы думаемъ, что при такихъ условіяхъ самъ сенатъ раньше или позже отступится отъ своей теоріи и усвоитъ себѣ противоположное воззрѣніе, единственно вѣрное съ точки зрѣнія положительнаго нашего законодательства и общихъ началъ права.

Мы видимъ на совокупности разсмотрѣнныхъ вопросовъ, въ какомъ хаотическомъ состояніи находится наше брачное право вслѣдствіе совмѣстнаго существованія церковныхъ и гражданскихъ нормъ, несогласованныхъ между собой и непостроенныхъ на твердомъ юридическомъ принципѣ. Свѣтскіе суды, опасаясь какъ-нибудь нарушить основное начало закона: бракъ есть таинство, — проводятъ такія воззрѣнія и правила, которыя и юридически невѣрны и канонически неосновательны. Происходитъ это оттого, конечно, что свѣтскіе суды не ясно понимаютъ церковное ученіе о бракѣ. Удивляться тутъ не чему, ибо сами канонисты не имѣютъ твердо установившагося взгляда на основное положеніе своего ученія: бракъ есть таинство. Католическая церковь, признающая это положеніе наравнѣ съ православной, видитъ таинство въ самомъ союзѣ брачномъ, т. е. въ свободномъ изъявленіи воли сочетающихся лицъ, и взглядъ этотъ находитъ нѣкоторое подтвержденіе въ словахъ апостола Павла о бракѣ. Православные же канонисты распадаются на два лагеря. Одни утверждаютъ, что таинство заключается въ самомъ брачномъ союзѣ, именно добровольномъ согласіи двухъ лицъ на „общеніе всей жизни". Другіе полагаютъ, что таинство главнымъ и существеннымъ образомъ (однакожъ не исключительно) заключается въ религіозномъ актѣ вѣнчанія, придающемъ браку его крѣпость и значеніе [2]). Какимъ же образомъ гражданскій судъ можетъ извлекать положительные выводы для своей дѣятельности изъ такого положенія каноническаго права, которое не ясно для самихъ канонистовъ? Очевидно, огромная разница и въ практическихъ выводахъ, будемъ ли мы видѣть таинство, т. е. существо брака по нашему закону, въ добровольномъ согласіи самихъ брачущихся (тогда, напр., слѣдуетъ признать правильными свод-

---

[1]) Суд. Вѣстн., 1873 г., № 143.

[2]) См. ст. о. Середанскаго „Бракъ есть таинство" въ Христ. Чтеніи, 1869 года, кн. 5.

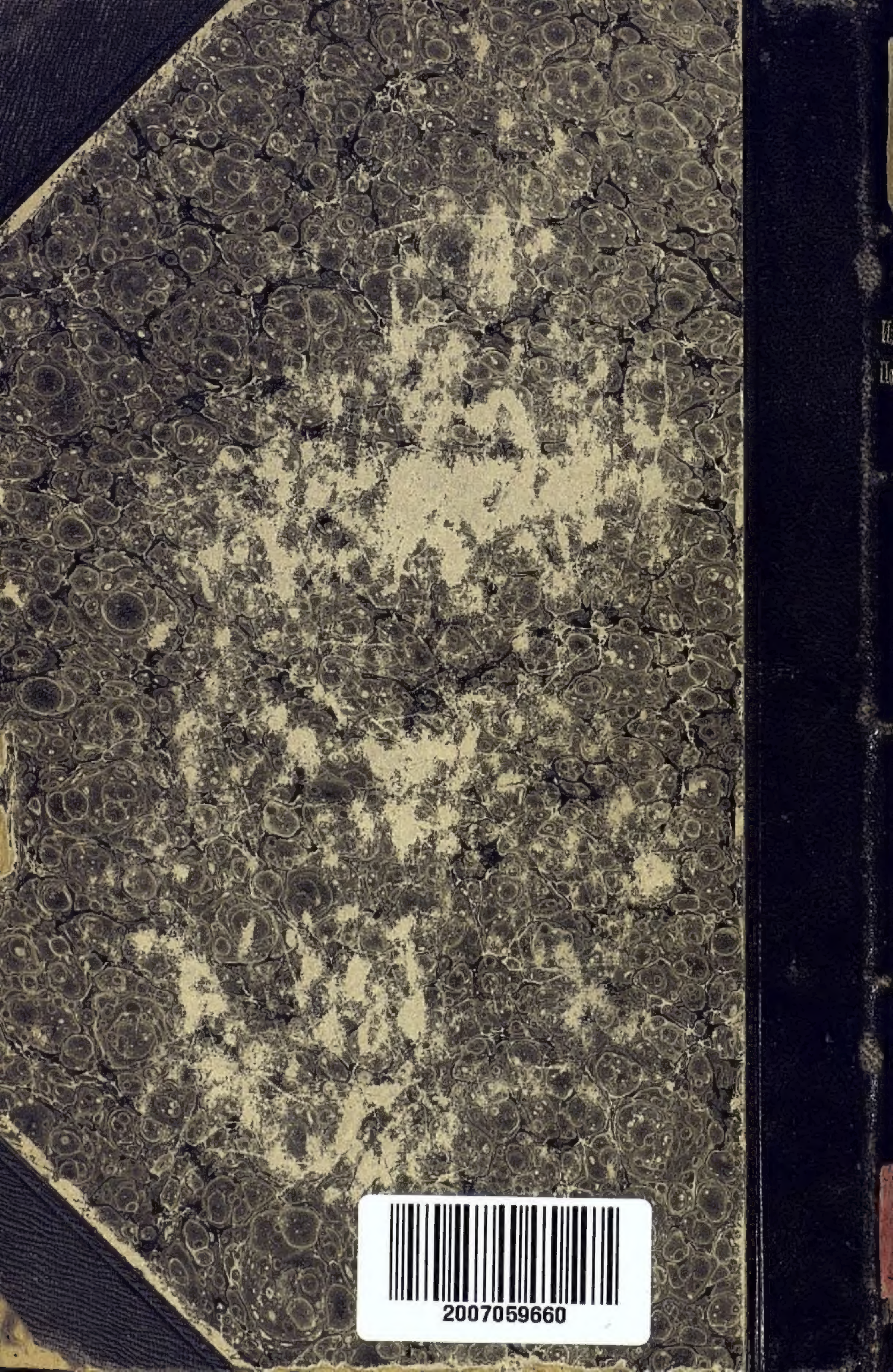
ные браки раскольниковъ, понимающихъ таинство брака именно въ этомъ смыслѣ) или въ актѣ церковнаго вѣнчанія. Во всемъ этомъ ясно для насъ одно: каноническое понятіе о бракѣ не можетъ быть положено въ основу гражданскаго законодательства; свѣтскіе суды, имѣющіе дѣло лишь съ юридическими послѣдствіями брака, не могутъ находить разумнаго руководства въ мистическомъ, неясномъ и для спеціалистовъ, ученіи о таинствѣ брака. Даже тамъ, гдѣ наша практика выводитъ при помощи церковнаго воззрѣнія на бракъ правильныя положенія, помощь эта по существу дѣла излишня или обманчива. Такимъ образомъ положеніе о невозможности требовать вознагражденія за устройство брака вытекаетъ изъ юридическаго понятія о бракѣ гораздо послѣдовательнѣе и яснѣе, чѣмъ изъ церковнаго ученія. Точно также признаніе недѣйствительности тѣхъ договоровъ, которые клонятся къ ограниченію свободы воли брачущихся путемъ условій объ имущественныхъ потеряхъ при отказѣ отъ брака [1]), вовсе не требуетъ примѣси смутнаго представленія о таинствѣ для своей дедукціи, о чемъ неумѣстно было бы распространяться здѣсь.

Этимъ окончимъ наши замѣчанія по поводу возгласовъ г. Елагина и другихъ противниковъ духовно-судебной реформы. Мы едва ли ошибемся, если скажемъ, что общее впечатлѣніе, производимое сгруппированными фактами и замѣчаніями, заключается въ слѣдующемъ. Не только невозможно довольствоваться тѣми проектами миніатюрныхъ измѣненій въ уст. дух конс., которые, по свидѣтельству нашего автора (стр. 301), въ глазахъ духовнаго начальства достаточны для удовлетворительнаго состоянія брачнаго процесса, но и предположенія комитета о духовно-судебной реформѣ далеко не удовлетворяютъ нуждамъ нашего современнаго брачнаго права и процесса. Необходимость болѣе коренной реформы въ этой области права — таково наше ceterum censeo, къ которому приводитъ внимательное изученіе каждаго отдѣльнаго вопроса въ сферѣ семейнаго права. Въ какомъ направленіи должна идти эта реформа, достаточно ясно изъ всего изложеннаго выше, равно какъ въ прежнихъ нашихъ статьяхъ, посвященныхъ этому предмету.

---

[1]) См. гр. касс. рѣш. 1871 г., № 761.

ОГЛАВЛЕНІЕ.


2007059660